NDL
HL 1020 9

HARVARD LAW LIBRARY

Received Feb. 28, 1904

Digitized by Google

Jahrbücher

der

Württembergischen Rechtspflege

herausgegeben

von den Mitgliedern

des

Oberlandesgerichts und des Verwaltungsgerichtshofs zu Stuttgart

und des

Vorstandes der württembergischen Anwaltskammer.

Zwölfter Band.

Tübingen.
Verlag der H. Laupp'schen Buchhandlung.
1900.

Alle Rechte vorbehalten.

Rec. Feb. 28, 1907

Druck von H. Laupp jr in Tübingen.

Inhaltsübersicht des zwölften Bandes.

I. Entscheidungen des Oberlandesgerichts.

A. in Civilsachen.

		Seite
1.	Oertliches Recht bei Ansprüchen aus Verlöbnisbruch . . .	1
2.	Haftung einer Eisenbahnverwaltung für schuldhafte Unterlassungen eines Bahnwärters	4
3.	1. Haftung für falsche Auskunft: falsch kann eine Auskunft auch durch ihre Unvollständigkeit oder dadurch sein, daß sie wesentliche Umstände verschweigt. 2. Haftung des Prinzipals für eine von seinem Prokuristen arglistig erteilte falsche Auskunft	8
4.	Fahrlässige Körperverletzung durch Hantieren mit einem geladenen Gewehr; eigenes Verschulden des Verletzten	15
5.	Differenzgeschäft	18
6.	Voraussetzungen eines giltigen Selbsthilfeverkaufs	24
7.	1. Beweislast eines gegen Unfall Versicherten, der wegen einer erlittenen Körperverletzung Entschädigung verlangt. 2. Verwirkung eines Anspruchs aus Versicherungsvertrag durch unwahre Angaben in der Schadensanzeige?	26
8.	Beweislast bei Notwehr	30
9.	Voraussetzungen der Zulässigkeit eines Zwischenurteils im Sinn des § 276 Abs. 1 C.P.O.	32
10.	Zulässigkeit des Rechtswegs, wenn eine gegen den Staat auf Anerkennung einer Kirchenbaulast gerichtete Klage sich auf Königliche Reskripte aus der Zeit vor Geltung der Verfassung stützt; Auslegung solcher Reskripte	153
11.	Zulässigkeit des Rechtswegs auf Grund vertragsmäßiger Festsetzung über die Pflicht zur Unterhaltung eines Flußwehrs? .	165
12.	Zum Begriff des „Wohnsitzes"	168
13.	Mißbrauch der Vollmacht	173
14.	Auslegung einer Vertragsbestimmung, wonach ein Hauskauf sich auflösen soll, wenn der Käufer die Wirtschaftskonzession nicht erhält	175
15.	1. Bindende Zusage oder unverbindliche Zusicherung? 2. Bedeutung der Zusage, das Bier vom andern vertragschließenden Teil zu beziehen, mit dem Vorbehalt, den Bierbezug aufzugeben, falls das Bier nicht gut sein sollte?	177

Seite

16. Voraussetzungen der Wirksamkeit eines Vertrags, wodurch sich Gewerbetreibende unter sich unter Festsetzung einer Vertragsstrafe verpflichten, eine gewisse Geschäftsverbindung zu unterlassen 182
17. Zu § 37 Abs. 1 H.G.B. 188
18. Zu § 8 des Gesetzes zur Bekämpfung des unlautern Wettbewerbs und § 940 (früher § 819) C.P.O. 191
19. Abweisung der Klage, weil dem im Termine zur mündlichen Verhandlung nicht erschienenen Beklagten die Klage nicht ordnungsmäßig zugestellt worden ist? 197
20. Zu § 304 (alte Fassung § 276) C.P.O. 201
21. Zu § 304 (früher § 276) C.P.O. 203
22. Beweislast in betreff des Erlöses aus Waren, die der Gläubiger zahlungshalber mit der Verpflichtung, sie bestmöglich zu verkaufen, übernommen hat 211
23. Beweislast des gegen Unfälle Versicherten 212
24. Zu § 338 C.P.O. 216
25. Zu § 348 Ziff. 5 C.P.O. (Recht des Arztes zur Zeugnisverweigerung) 219
26. Erbieten zu einem beschränkten Eid oder Eidesverweigerung? 221
27. 1. Entscheidung im Kostenpunkt, nachdem der Rechtsstreit in der Hauptsache gegenstandslos geworden ist. 2. Widerspruchsklage auf Grund des statutarischen Verwaltungsrechts des Vaters des Schuldners 226
28. Zulässigkeit eines Kostenfestsetzungsgesuchs auf Grund eines gegen Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbaren Urteils vor Leistung der Sicherheit 229
29. Zu den §§ 887, 888 (früher 773, 774) C.P.O. 230
30. 1. Widerspruchsklage des Konkursverwalters auf Grund Anfechtungsrechts? 2. Zur Auslegung des Art. 5 des zwischen Württemberg und der Schweiz abgeschlossenen Staatsvertrags vom 13. Mai 1826 232
31. Voraussetzung der Anfechtung aus § 23 Ziff. 1 Satz 2 Konkursordnung ist, daß durch die anzufechtende Rechtshandlung die Konkursmasse vermindert worden ist 237
32. Zur Auslegung der §§ 88, 90 und 98 Gerichtskostengesetzes . 242
33. Berechnung der Verhandlungsgebühr des Anwalts im Fall der Verbindung mehrerer Prozesse 245
34. Gebrauchsmusterschutz für Maschinen? 281
35. Gebrauchsmusterschutz (Schutzfähigkeit von „Maschinen"; Neuheit des Modells; Erfindungsgedanke; Voraussetzungen der Schutzfähigkeit einer Kombination; Löschung eines Teils des Eintrags) 288
36. Gebrauchsmusterschutz: kann ein Modell schutzfähig sein, wobei

Seite

ein bekanntes Material zu einem bekannten Zweck in bekannter Form verwendet ist? 296

37. Haftpflichtgesetz: Betriebsunfall; Einrechnung einer Zuwendung des Arbeitgebers an den Verunglückten in die Rente? . . . 301

38. Bereicherungsklage 305

B. in Strafsachen.

1. Was ist „Verteidigung im Vorverfahren" im Sinn des § 67 der Gebührenordnung für Rechtsanwälte? 37

2. Wie unterscheiden sich die §§ 102 und 103 St.P.O. in den mittels der Durchsuchung beizuschaffenden Gegenständen? . . 39

3. Sind in den zum Zuschlag zugelassenen württembergischen Abfindungsbrennereien auch die Nebengefässe anzuzeigen? . . . 43

4. Ist für die Zurückweisung einer Beschwerde wider die von einem Amtsgericht gemäß § 488 St.P.O. verfügte Ablehnung eines Antrags auf Strafaufschub eine Gerichtsgebühr zu erheben? . 48

5. Ist der Art. 7 Z. 3 des württembergischen Polizeistrafgesetzes, betr. den Vertrieb von Losen auswärtiger Lotterien, durch den § 763 des B.G.B. außer Kraft gesetzt? 247

II. Entscheidungen des Verwaltungsgerichtshofs.

1. Zu Art. 5 Abs. 1 Ziff. 1 des Gesetzes vom 20. Dezbr. 1888, betreffend die Zwangsenteignung von Grundstücken 49

2. Zu Art. 12 Abs. 2 des Gesetzes vom 23. Juli 1877 über Besteuerungsrechte von Amtskörperschaften und Gemeinden und zu Art. 98 Abs. 5 des Gesetzes vom 28. April 1873, betreffend die Grund-, Gebäude- und Gewerbesteuer 56

3. Zu Art. 6 und 12 Abs. 2 des Gesetzes vom 23. Juli 1877 über Besteuerungsrechte der Amtskörperschaften und Gemeinden und zu § 3 des Reichsgesetzes vom 13. Mai 1870 wegen Beseitigung der Doppelbesteuerung 60

4. Der Art. 88 Abs. 1 der Bauordnung bezieht sich auch auf die bloß anzeigepflichtigen Bauwesen im Sinne des Art. 78 derselben 67

5. Streit wegen der Reinigung einer Dohle. Zulässigkeit des Verwaltungsrechtswegs für die Entscheidung der Fragen, ob die Dohle die Eigenschaft einer städtischen öffentlichen Dohle hat und ob etwa kraft besondern Rechtstitels einem Andern eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung zur Reinigung obliegt, wogegen die Entscheidung über das Bestehen einer internen privatrechtlichen Verpflichtung des Anderen gegenüber der Gemeinde den Civilgerichten verbleibt. Sachlegitimation zur Klageerhebung gegen die Gemeinde. Feststellungsurteil 309

Seite

6. Zu § 142 der Gewerbeordnung. Ein auf Grund des § 33 Abs. 3 der G.O. und der Ministerial-Verfügung vom 4. Oktober 1879 erlassenes Ortsstatut kann nur mit Genehmigung der höheren Verwaltungsbehörde wieder aufgehoben werden . 326
7. Kommt die jeweilige Festsetzung der Gebühren für das Schlachten in einem im Eigentum und Betrieb der Metzgergenossenschaft befindlichen Schlachthaus des bestehenden Schlachthauszwangs wegen dem Gemeinderat für sich allein und gegen den Widerspruch der Metzgergenossenschaft zu? 336
8. Zu Art. 15 Abs. 2 Nr. 1 und Art. 17 des Bundesgesetzes vom 1. Juni 1870 über die Erwerbung und den Verlust der Reichs- und Staatsangehörigkeit 343
9. Streit über die Verpflichtung zur Zahlung von s. g. Mesnerlaibgeld 354
10. Zu Art. 47 Abs. 2 und 3, Art. 48, 49, 53, 64, 66 Abs. 3 und Art. 68 des Feldbereinigungsgesetzes. (Die Centralstelle für die Landwirtschaft ist zu Aenderungen an dem positiven Inhalte der Feldbereinigungsurkunde nach dem für den Eintritt der Rechtsänderungen bestimmten Zeitpunkte nicht mehr befugt. Zulässigkeit der Rechtsbeschwerde gegen die nachträgliche Aenderung) 360

III. Entscheidung des Kompetenzgerichtshofs. 75

IV. Abhandlungen.

1. Wie ist bei Abfindungsbrennern die defraudierte Branntweinsteuer zu berechnen? Von Landgerichtsrat Uhland in Ravensburg 82
2. Zur Technik des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Von Landgerichtsrat Romeick in Stuttgart.
   I. Dinglicher Vertrag 89
   II. Vollmacht 121
3. Die Vollstreckung von Urteilen bei Klagen aus dem Kauf nach dem BGB. Von Amtsrichter Schöninger in Stuttgart. 255

V. Litterarische Anzeigen.

Staub's Kommentar zum H.G.B. 150
Lehrbuch des Familien- und Erbrechts von H. Mayer. II. Bd. 150
Die Gewährleistung beim Viehhandel nach dem B.G.B. Erläutert von R. Hirsch 150

Seite

Zusammenstellung der wesentlichsten reichsgesetzlichen sowie der württembergischen Ausführungsbestimmungen über Rechte an Grundstücken und Grundbuchwesen von Bohn 151
Württ. Ausführungsgesetz zum B.G.B. von O.A.R. Adam . . 151
Formularbuch zu den deutschen Prozeßordnungen. II. Abteilung. Von A.R. Weizsäcker 151
Gerichtskostenordnung und Gebührenordnung für Notare und Rechtsanwälte und andere in Rechtsangelegenheiten thätige Personen. Von L.G.R. Dr. Haidlen 151
Die Veränderungen unseres Privatrechts durch das B.G.B. Von L.G.-Präsident a. D. Dr. v. Lang 278
Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts 391
Mayer und Reis, Lehrbuch des Familien- und Erbrechts . . 391
Gaupp und Geßler, die württb. Landesgesetze und Verordnungen zur Ausführung und Ergänzung der C.P.O. und des Zwangversteigerungsgesetzes 391
Reichsgesetz über die Beurkundung des Personenstands und die Eheschließung in der seit 1. Januar 1900 geltenden Fassung nebst der Ausführungsverordnung des Bundesrats, den einschlägigen sonstigen Reichsgesetzen und Kais. Verordnungen 392
Geyer, das württb. Gesetz über die Erbschafts- und Schenkungssteuer vom 26. Dezember 1899 samt den Materialien des Gesetzes und den Vollzugsvorschriften 392
Engelmann, das bürgerliche Recht Deutschlands mit Einschluß des Handelsrechts, historisch und dogmatisch dargestellt . . . 392

VI.

Kritische Bemerkungen zu Mayer-Reis, Erbrecht. Von Justizreferendär Dr. Neuschler in Stuttgart 381

I.

Entscheidungen des Oberlandesgerichts.

A. in Civilsachen.

1.

Örtliches Recht bei Ansprüchen aus Verlöbnisbruch[1]).

Der Sachverhalt ergiebt sich aus den

Gründen.

Die Frage, welches örtliche Recht auf das zwischen den Parteien streitige Verlöbnis zur Anwendung zu bringen sei, ist in Ermanglung besonderer Vorschriften des Württ. Privatrechts[2]) nach den im gemeinen Recht geltenden Normen zu entscheiden[3]).

Bei dem streitigen Verlöbnis handelt es sich zunächst nicht um dessen rechtliche Wirkungen, sondern um die Voraussetzungen seiner Entstehung in Ansehung einer etwa hiefür vorgeschriebenen Form. Hätte man, da das Verlöbnis die Natur eines obligatorischen Vertrages hat, auch in letzterer Beziehung zu fragen, ob die Parteien sich einem bestimmten örtlichen Rechte unterwerfen wollten, das hienach für maßgebend zu erachten wäre[4]), so wäre diese Frage zu verneinen. Eine ausdrückliche Unterwerfung wurde nicht behauptet; für

1) Vgl. Art. 11 EG. zum BGB., Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerl. Rechts Zusatz I zu § 275.

2) s. Wächters Württb. Privatrecht Bd. II § 18 bei Note 4.

3) Wächter a. a. O. § 18 Z. 1; Entsch. d. Reichsgerichts 24, 328 a. E.; 29, 289 a. E.; 36, 205; Jahrb. der Württb. Rechtspflege 8, 147.

4) Wächter a. a. O. § 20 I, Entsch. des Reichsgerichts 20, 335.

die Annahme einer stillschweigenden Unterwerfung gebricht es an den erforderlichen thatsächlichen Anhaltspunkten; es steht vielmehr fest, daß die Parteien weder über den Ort, wo die Ehe geschlossen, noch über den Ort, wo das eheliche Domizil genommen werden sollte, eine Vereinbarung getroffen hatten. Demgemäß bedarf es einer Untersuchung darüber nicht, ob und inwieweit die Parteien bezüglich des auf ihr Verlöbnis und dessen Form anzuwendenden örtlichen Rechts im Wege der Autonomie rechtsverbindliche Bestimmungen hätten treffen können[1]). Beim Fehlen autonomer Bestimmungen ist somit die Frage des anzuwendenden Rechts nach dem diesseitigen Gesetze zu entscheiden. Dasselbe enthält eine ausdrückliche Norm in der Richtung nicht, ob ein von einem Württemberger außerhalb Württembergs mit einer Nichtwürttembergerin abgeschlossenes Verlöbnis zu seiner Gültigkeit der Beobachtung der am Orte des Vertragsabschlusses vorgeschriebenen Form bedürfe. Prüft man aber nach Sinn und Geist des einheimischen Rechts, ob dasselbe seine Bestimmungen über den Abschluß von Verlöbnissen auch für die im Ausland eingegangenen Verlöbnisse geben wollte[2]), so sucht man für die Bejahung dieser Frage umsonst nach Gründen, und es ist deshalb nach den heutzutage allgemein anerkannten Prinzipien des internationalen Privatrechts anzunehmen, daß das einheimische Recht nur diejenigen Rechtsverhältnisse ergreifen wolle, die seinem Raum angehören und daß es für die einem fremden Raum angehörigen das fremde Recht zulassen wolle[3]).

Soweit also Klägerin behauptet, das der Klage zu Grund liegende Verlöbnis sei in Berlin zustande gekommen, muß dies nach dem Preuß. Allgemeinen Landrecht beurteilt werden. Die Beobachtung der hier vorgeschriebenen Form vermochte Klägerin nicht zu behaupten und sie kann mithin aus dem in

1) Wächter a. a. O. § 20 I. VI 2b u. d.

2) Wächter a. a. O. § 18 Z. 2.

3) s. Windscheid's Pandektenrecht § 34, Note 6. Wächter a. a. O. § 18, Note 9.

Berlin formlos geschlossenen Ehegelöbnis auch bei den Württembergischen Gerichten Rechtsansprüche nicht geltend machen. Zu demselben Ergebnis gelangt man, wenn man mit den Schriftstellern, welche die Einteilung der Rechtssätze in statuta personalia, realia und mixta im modernen Sinne[1]) anwenden, die hierauf gegründeten Sätze verwertet. Hienach kommen, soweit nicht der Satz: locus regit actum entscheidet, bei zweiseitigen Rechtsgeschäften die Gesetze des Domizils beider Teile zur Anwendung; „sind diese Gesetze verschieden und haben beide Teile nicht die Formen beider Gesetzgebungen beobachtet, so ist bei Nichtbeobachtung der am Orte der Handlung geltenden Formvorschriften das Geschäft, sofern es nicht von einer Seite freiwillig erfüllt ist, unbedingt nichtig, es läßt sich, da für jedes der beiden Gesetze dieselben Gründe sprechen, ein Vorzug des einen oder anderen nicht beweisen“[2]). Insbesondere beurteilt sich das Verlöbnis nach den beiderseitigen Personalstatuten der Nupturienten, so daß, wenn nach dem einen Personalstatut das Verlöbnis gültig, nach dem anderen aber ungültig wäre, Rechte aus demselben nicht abgeleitet werden können[3]).

Die Anwendung des Grundsatzes locus regit actum, wornach es bezüglich der Form einer Handlung genügen soll, wenn die am Orte der Vornahme der Handlung erforderliche Form gewahrt wurde, könnte selbstverständlich zu einer für die Klägerin günstigen Entscheidung nur dann führen, wenn anzunehmen wäre, daß das Verlöbnis außerhalb des Geltungsgebiets des Preuß. Allgemeinen Landrechts unter der Herrschaft eines Territorialrechts eingegangen worden sei, welches eine Form für Verlöbnisse nicht vorschreibt. In dieser Beziehung macht Klägerin geltend, das Eheversprechen sei vom Beklagten nicht nur in Berlin abgegeben, sondern auch

1) Wächter a. a. O. § 19, Note 1.

2) v. Bar, Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts, Bd. 1, § 123.

3) v. Bar a. a. O. § 171, Note 1 und 6; Böhm, Die räumliche Herrschaft § 7 Z. 2.

auf Württembergischem und Bayrischem Gebiete in einer Reihe von Briefen wiederholt worden. Allein abgesehen davon, daß nach dem in Berlin erfolgten Austausch der beiderseitigen Eheversprechen in den nachfolgenden Erklärungen des Beklagten ein rechtsgeschäftlicher Wille zur (nochmaligen) Eingehung eines Verlöbnisses überhaupt nicht gefunden werden kann[1]), sind auch diese Erklärungen, die der Klägerin in Berlin zugingen, als dort abgegeben und von der Klägerin als dort acceptiert anzusehen, so daß auch die Bestätigung des zu Beginn unwirksamen Verlöbnisses, weil der Formvorschrift des preußischen Rechts unterliegend ohne solche ein gültiges Verlöbnis nicht zu erzeugen vermöchte[2]).

Urteil des II. Civilsenats vom 13. April 1899 in Sachen Spiegel gegen Levi.

2.

Haftung einer Eisenbahnverwaltung für schuldhafte Unterlassungen eines Bahnwärters[3]).

Durch ein Verschulden des Bahnwärters W., eines Angestellten der württ. Eisenbahnverwaltung, sind zwei Pferde des Klägers getötet und ein ihm gehöriger Wagen beschädigt, indem W. verabsäumt hatte, eine Eisenbahn-Barrière zu schließen und infolgedessen das Fuhrwerk des Klägers von einem Dampfmotorwagen der Eisenbahn erfaßt wurde. Der Kläger hat wegen des ihm erwachsenen Schadens den beklagten Fiskus in Anspruch genommen, das Berufungsgericht aber die Klage abgewiesen, weil der Beklagte für den durch W. angerichteten Schaden nicht aufzukommen habe. Aus den

Gründen:

Die Entscheidung des Rechtsstreits hängt davon ab, ob der Beklagte für die Unterlassung des Bahnwärters als einer

1) Jahrb. der Württb. Rechtspflege 4, 160.

2) Wächter a. a. O. § 20, Note 9; v. Bar a. a. O. § 125, Note 60 und § 270.

3) Vgl. §§ 89, 31, 831 BGB., Art. 105 EG. zum BGB.

zum Handeln für den Beklagten berufenen Person einzustehen hat. Es ist nun anerkannten Rechtens, daß auf dem Gebiet des Privatrechts die juristische Person, also auch der Fiskus, für die Erfüllung gesetzlich auferlegter Verpflichtungen, insbesondere auch für die Beobachtung polizeilicher Vorschriften in gleicher Weise zu haften hat, wie eine physische Person, und es handelt sich im vorliegenden Fall um die Nichtbefolgung einer polizeilichen Vorschrift der von der zuständigen Reichsbehörde erlassenen Betriebsordnung für die Haupteisenbahnen Deutschlands.

Ueber den Kreis der Personen, für welche die juristische Person hienach einzustehen hat, herrscht Streit. Nach der einen Ansicht ist die Haftung auf die verfassungsmäßigen Willensorgane der juristischen Person beschränkt; eine andere Ansicht läßt sie für alle Personen haften, welche innerhalb des ihnen zugewiesenen Geschäftskreises zum selbständigen Handeln für sie berufen sind[1]).

Mag man sich nun auf den einen oder den andern Standpunkt stellen, so läßt sich die Haftung des Beklagten für die hier vorliegende Unterlassung des Bahnwärters nicht begründen.

Nach der Dienstanweisung für die Bahnwärter der Württembergischen Staatseisenbahnen fallen diesen verschiedenartige Aufgaben zu. Sie haben beim Bahnunterhaltungsdienst, beim Betriebsdienst und beim Bahnpolizeidienst mitzuwirken. In allen diesen Richtungen ist aber ihre Thätigkeit eine untergeordnete, an die allgemeinen Vorschriften und die besonderen Weisungen der Vorgesetzten gebundene und im einzelnen genau geregelte. Insbesondere gilt dies von der hier in Frage stehenden Funktion, dem Schließen der Schranken des Bahnübergangs und dem Bewachen desselben. Wollte man die juristische Person für die Handlungen und Unterlassungen derartiger Unterbeamten haftbar machen, so würde dies einer Haftung für alle Angestellten gleichkommen

1) Entsch. des RG. in Civ.-S. Bd. 39 S. 185 (= Seuff. Arch. 53 Nr. 74).

und die juristische Person würde erheblich schlimmer daran sein, als die physische Person, während der Inhalt der Rechtsnorm nur dahin geht, sie dieser gleich zu stellen[1]).

Eine Gleichstellung der juristischen und physischen Person aber ergibt in Anwendung auf einen Fall wie den vorliegenden die Haftbarkeit für die Erstellung und Instandhaltung der erforderlichen und vorgeschriebenen Einrichtungen und Vorkehrungen, sowie für die Ueberwachung ihrer Benützung. Die Anwendung im einzelnen Fall darf einen untergeordneten, nicht selbständigen Angestellten überlassen werden.

Eine Verfehlung der Beamten des Beklagten bei der Herstellung der Schutzmaßregeln und bei der Auswahl und Ueberwachung des mit der Ausführung der Maßregeln betrauten Angestellten liegt nicht vor, vielmehr ist der Unfall nachgewiesenermaßen lediglich auf die Nachlässigkeit dieses Angestellten zurückzuführen, für welche der Beklagte nach den allgemeinen Grundsätzen nicht einzustehen hat.

Es fragt sich aber noch, ob nicht im Gebiet des gemeinen Rechts ein Gewohnheitsrecht dahin sich gebildet hat, daß gerade Eisenbahnbetriebsunternehmer wegen der besonderen Gefährlichkeit ihres Betriebs hinsichtlich des durch diesen hervorgerufenen Schadens für das Verschulden jedes Angestellten auch außerhalb eines Vertragsverhältnisses zu haften haben[2]).

Es ist nicht zu verkennen, daß gewohnheitsrechtliche Ansätze vorhanden waren. Dieselben haben sich aber auf die Haftung für Schaden beschränkt, der während des Transports Gütern und auch Personen zugefügt wurde, und sie sind durch die Normierungen ersetzt, welche in Art. 400 des Handelsgesetzbuchs und § 9 der Verkehrsordnung für die Eisenbahnen Deutschlands enthalten sind. Außerdem ist durch das Haftpflichtgesetz eine Regelung des Falls getroffen worden, wenn bei dem Betrieb einer Eisenbahn ein Mensch getötet oder körperlich verletzt wird. Weitergehende gewohnheitsrechtliche Bildungen haben sich daneben im gemeinen Recht

1) Vgl. Entsch. des RG. in Civ.-S. Bd. 29 S. 142; 31 S. 249.
2) Vgl. Entsch. des RO. Handelsgerichts Bd. 12 S. 78; 21, S. 284.

nicht entwickelt oder erhalten[1]).

Die von Koch Deutschlands Eisenbahnen zu Teil II S. 476 § 133 Z. 4 beigezogene Entscheidung des Obergerichts zu Braunschweig von 1885[2]) läßt die Frage der Haftung der Bahnverwaltung für Nachlässigkeiten des untergebenen Personals dahin gestellt[3]).

Die anerkannte Haftbarkeit des Eisenbahnunternehmers für Schaden, welcher durch von Lokomotiven ausgehendes Flugfeuer entsteht, wird mit den Regeln des Nachbarrechts begründet und hat auf den vorliegenden Fall keinen Bezug[4]).

Bei den Vorarbeiten zu dem Bürgerlichen Gesetzbuch wurde ein solches Gewohnheitsrecht nicht anerkannt und die Frage der Spezialgesetzgebung überwiesen[5]).

Das württembergische Partikularrecht enthält keine besondere gesetzliche oder gewohnheitsrechtliche Norm über die Haftung der Eisenbahnbetriebsunternehmer.

Hienach fehlt es an einer rechtlichen Grundlage für den von dem Kläger erhobenen Anspruch und es war daher unter Abänderung des angefochtenen Urteils die Klage abzuweisen.

Urteil des I. Civilsenats vom 10. Januar 1899 i. S. Fiskus gegen Heinrich.

Die Revision gegen dieses Urteil ist zurückgewiesen worden.

---

1) Vgl. Stobbe, Deutsches Privatrecht (3. Aufl.) Bd. III, S. 512, 516, § 259 Z. 4 letzter Absatz, auch Abs. 2; Gerber-Cosack 14. Aufl. § 213, 258; Eger Haftpflichtgesetz 4. Aufl. S. 67, B. II; Seuffert Archiv Bd. 41 Nr. 103; Bd. 15 Nr. 26; 35 Nr. 25; die von dem Reichsoberhandelsgericht in den erwähnten Entscheidungen angeführten Abhandlungen Goldschmidt's in der Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 4 und 16, insbesondere Bd. 16 S. 369 ff. 371.

2) bei Koch Anl. Nr. 33a S. 354.

3) Ebenso Seuffert Archiv Bd. 10 Nr. 165.

4) Vgl. Entsch. des RG. in Civ.-S. Bd. 17 S. 103, auch 32 S. 339; 30 S. 114.

5) Vgl. Art. 105 des Einführungsgesetzes zum BGB. Protokolle der Kommission für die zweite Lesung Bd. II, 603/5.

3.

1. Haftung für falsche Auskunft: falsch kann eine Auskunft auch durch ihre Unvollständigkeit oder dadurch sein, daß sie wesentliche Umstände verschweigt[1]).

2. Haftung des Prinzipals für eine von seinem Prokuristen arglistig erteilte falsche Auskunft[2]).

Klägerin hat gegen Beklagte Klage auf Bezahlung von 3071 M. erhoben mit der Behauptung: sie habe diesen Betrag, womit sie in dem am 16. Februar 1896 eröffneten Konkursverfahren gegen die Firma Gebr. E., Papierfabrik in Wangen, durchgefallen ist, in Folge einer ihr von der Beklagten über die Verhältnisse der genannten Firma gegebenen Auskunft verloren, die bewußt unwahr gewesen sei.

Am 21. Dezember 1895 schrieb Klägerin „an Herrn S. D. N.": die Firma Gebr. E. beabsichtige größere Lieferungsverträge mit ihr einzugehen; „da uns deren Verhältnisse unbekannt sind, so wäre es uns angenehm, von Ihnen einige Auskunft über Angefragte zu erhalten; es interessiert uns namentlich, zu wissen, ob ein Kredit von 2000 M. auf 1—2 Monat Ziel bei denselben nicht gefährdet ist". Die Antwort vom 23. Dezember 1895 lautete: „— kann Ihnen über die Firma Gebr. E. berichten, daß dieselben bei mir einen gedeckten Kredit haben und kommen Ihren Verpflichtungen prompt nach, einen Kredit von M. 2000 halte ich meines Erachtens für nicht gefährdet und sind die H. E. fleißige und tüchtige Fabrikanten. Dies ohne mein Obligo zeichne — ppa S. D. N., S. N.". Im Berufungsverfahren ist in Betreff des Betrags von 1933 M. zu Gunsten der Klägerin erkannt worden aus folgenden

Gründen:

Wer eine Auskunft wie die in Rede stehende erteilt,

1) Vgl. §§ 676, 826, BGB.
2) Vgl. § 49 HGB., § 831 BGB.

haftet demjenigen, dem er sie erteilt, nur wegen Arglist, falls er nicht auf Grund eines Vertragsverhältnisses handelt, oder andere besondere Umstände vorliegen, die im gegenwärtigen Fall ebensowenig wie eine Haftung aus Vertrag zutreffen. Arglist liegt vor, wenn eine positive Erklärung wider besseres Wissen abgegeben wird d. h. „ohne daß dem Empfehlenden die Ueberzeugung von der Richtigkeit der behaupteten Thatsachen innewohnt“ [1]); ferner aber auch dann, wenn der die Auskunft Erteilende wider besseres Wissen einen wesentlichen Punkt *verschwiegen* und hiedurch in Verbindung mit seinem positiven Thun den Anfragenden getäuscht hat [2]). Die Firma N. konnte die erbetene Auskunftserteilung ablehnen; wenn sie sie aber gab, mußte sie sie *wahrheitsgemäß*, nach bestem Wissen und Gewissen, geben und durfte keine ihr bekannte Thatsache verschweigen, die vernünftiger Weise auf die Entschließung des Anfragenden von Einfluß sein mußte. Von diesen Gesichtspunkten aus ist die Auskunft vom 23. Dezember 1895 zu prüfen.

Wenn hier gesagt war: Gebr. E. kommen ihren Verpflichtungen prompt nach, so war dies doch nur mit einer gewissen Einschränkung richtig: wie aus dem, was im Thatbestand angeführt ist, hervorgeht, waren in der letztvorangegangenen Zeit mehrfache Wechselproteste und auch einzelne Prolongationen von Wechseln vorgekommen. Nun ist es ja ganz richtig, daß vereinzelte solche Fälle auch bei den bestehenden Firmen vorkommen können; aber angesichts der Kenntnis, die die Firma N. von den Verhältnissen der Gebr. E. hatte (s. unten), lag für sie die Vermutung *sehr* nahe, daß diese Proteste und Prolongationen im Mangel von Zahlungsmitteln bei Gebr. E. ihren Grund hatten. Wollte N. streng bei der Wahrheit bleiben, so mußte er etwa sagen: Gebr. E. seien bisher ihren Verpflichtungen prompt nachgekommen; erst in neuester Zeit seien einzelne Wechsel protestiert (und prolongiert) worden.

1) RG. bei Seuffert 46 Nr. 258.
2) RG. 23 Nr. 25 S. 135—37.

Sodann war in der Auskunft gesagt: Gebr. E. haben bei N. einen gedeckten Kredit. Dies mußte — wie N. sich sagen mußte — die Klägerin dahin verstehen: der Kredit, den die Gebr. E. bei N. haben, sei ein nach kaufmännischen Grundsätzen ausreichend gedeckter. Das war aber, wie N. wußte, keineswegs der Fall: N. hatte allerdings für einen Bankkredit von 80000 M. ein ausreichendes Unterpfand über 50000 M.; aber zur Zeit der Auskunftserteilung betrug das Guthaben N.'s bei Gebr. E. 114453 M., und daß das der Firma N. im Jahr 1892 bestellte fünfte (oder 7.) Unterpfandsrecht seinem Wert nach sehr fragwürdig war, konnte sich ein geschäftskundiger Mann wie N. selbstverständlich nicht verhehlen. Die Wendung: Gebr. E. haben bei N. einen gedeckten Kredit, entsprach daher den Thatsachen nicht und war irreführend.

Wenn man aber auch davon ausgeht, daß die bisher hervorgehobenen Ausdrücke der Auskunft nicht positiv unwahr waren, vielmehr sich mit dem wirklichen Sachverhalt in Uebereinstimmung bringen lassen, so steht doch soviel fest, daß die Auskunft eine gegenüber der Kenntnis der Firma N. von den Verhältnissen der Firma E. sehr unvollständige war, die deren Lage in einem weit besseren Licht erscheinen ließ, als dies der Fall gewesen wäre, wenn die Firma N. der Klägerin alles Wesentliche mitgeteilt hätte, was ihr in Betreff dieser Lage bekannt war, wie sie dies thun mußte, wenn sie die erbetene Auskunft erteilen wollte. Solche wesentliche, nicht mitgeteilte Thatsachen waren: daß Gebr. E. 1891/92 in Folge eines Verlusts von 64000 M. der Firma N. ein fünftes (oder 7.) Unterpfand über diesen Betrag unter Mitverpfändung von Fahrnis und Warenvorräten bestellt hatte; daß das Guthaben N. bei Gebr. E. wofür (abgesehen von dem eben erwähnten Unterpfand) ein Pfandrecht in Höhe von 50000 M. bestand, auf über 114000 M. angewachsen war; daß Gebr E. für Provisionen und Diskont jährlich über 20000 M. Ausgaben hatten (was N. aus den ihm mitgeteilten Abschlüssen und großenteils

wohl auch aus seinen Büchern wußte). All dies mußte N. anführen, um ein richtiges Bild der Lage der Gebr. E. zu geben, der Klägerin für die Prüfung der Frage, ob sie den in Rede stehenden Kredit gewähren wollte, die gehörige Grundlage zu geben. N. war auch natürlich darüber ganz klar, daß das Bild ein anderes wurde, wenn er alles anführte, was er über die Lage von Gebr. E. wußte, als wenn er sich auf die einzelnen in der Auskunft hervorgehobenen Umstände beschränkte und sich daneben damit begnügte, seine Ansicht dahin auszusprechen, daß ein Kredit von 2000 M. nicht gefährdet sein dürfte. Auch wenn die Gebr. E. in Wirklichkeit „tüchtige und fleißige Fabrikanten" waren und N. in der That einen Kredit von 2000 M. (zunächst noch) nicht als gefährdet ansah, war er sich doch darüber klar, daß die ihm bekannten Umstände einen vorsichtigen Kaufmann mutmaßlich abhalten mußten „größere Lieferungsverträge" mit Gebr. E. abzuschließen, und er hat daher durch Verschweigen von ihm bekannten, wie er wußte, wesentlichen Umständen wider besseres Wissen eine unrichtige Auskunft gegeben.

Davon ist keine Rede, daß N. in dem guten Glauben war, es gehe bei der Firma Gebr. E. gut und sie komme vorwärts; auf den angebotenen richterlichen Eid des S. N. war daher nicht einzugehen. Das Gegenteil wußte er aus dem stetigen Anwachsen des Guthabens der Bankfirma bei Gebr. E. und aus den ganz unverhältnismäßig hohen Auslagen der Firma für Provisionen, Zinsen, Wechseldiskontierungen u. dergl., die er aus den eigenen Mitteilungen von E. kannte. Einen schlagenden Beweis dafür, daß N. die Lage der Gebr. E. mit höchst mißtrauischem Auge betrachtete, erbringt die Thatsache, daß um Weihnachten 1895 ein Handlungsgehilfe N.'s bei Gebr. E. eintrat mit dem Auftrag, regelmäßige Geschäftsberichte über diese Firma zu schicken, oder — wie der Betreffende selbst geschrieben hat — um in deren Angelegenheiten vollen Einblick zu erhalten und sie womöglich ordnen zu helfen. (Weiter wird ausgeführt,

daß, was Beklagte für den guten Glauben des N. anführe, unbeweisend sei, sodann wird fortgefahren.)

Für die Annahme eines *arglistigen* Verhaltens des S. N. genügt es, wenn sich feststellen läßt, daß er sich bewußt war, durch die unwahre Auskunft könne möglicherweise ein Schaden für die Klägerin herbeigeführt werden, der bei Erteilung einer wahrheitsgemäßen Auskunft vermieden sein würde[1]). An einem solchen Bewußtsein N.'s ist aber nicht zu zweifeln. Daß er wußte, daß die Auskunft in ihrer Unvollständigkeit ein unrichtiges irreführendes Bild von der Lage der Gebr. E. gab, ist schon oben dargethan. Daß er mit der Möglichkeit rechnen mußte, bei Gebr. E. werde demnächst der Zusammenbruch erfolgen und Klägerin werde für ihre Lieferung keine oder doch keine vollständige Bezahlung erhalten, ergiebt sich aus dem oben Ausgeführten. Auch darüber aber konnte N. unmöglich im Unklaren sein, daß der Entschluß der Klägerin in Betreff der Geschäftsverbindung mit Gebr. E. mutmaßlich anders ausfallen würde, wenn er ein vollständiges wahrheitsgetreues Bild der Lage der Gebr. E., soweit er sie kannte, gab, als wenn er die Auskunft so wie geschehen faßte. Hieraus folgt, daß N. sich bei Erteilung der Auskunft bewußt war, die durch sie bei der Klägerin hervorgerufene Täuschung über die Lage der Gebr. E. könne zu einer vermögensrechtlichen Schädigung der Klägerin führen, daß er somit arglistig gehandelt hat (wobei der Umstand selbstverständlich belanglos ist, daß er seiner Auskunft die Worte beigefügt hat: „dies ohne mein Obligo"). Die *Absicht*, die Klägerin zu schädigen, wird freilich N. nicht gehabt haben, ja er mag gehofft haben, Klägerin erleide durch die Geschäftsverbindung mit Gebr. E. keinen Schaden, indem die geplante Aktiengesellschaft zu Stand kommen werde oder dergl.; das schließt aber nach dem Ausgeführten ein arglistiges Verhalten in dem angegebenen Sinn nicht aus. Es läßt sich auch wohl denken, wie N. dazu gekommen ist, die

1) Vgl. RG. 23 Nr. 25 S. 137; RG. bei Seuffert 46 Nr. 258; *Regelsberger*, Pand. § 179 I, 1.

Auskunft in einer Weise zu geben, die geeignet war, die Klägerin zu größeren Lieferungen auf Kredit an Gebr. E. zu veranlassen: es handelte sich um die Lieferung von Kohlen und N. mochte sich sagen, daß wenn Klägerin die gewünschte Lieferung versage, sich vielleicht schwer ein anderer Geschäftsmann finde, der unter den obwaltenden Umständen auf Kredit zu liefern geneigt war, daß Gebr. E. dadurch in Verlegenheiten kommen und dies den Zusammenbruch beschleunigen könnte, während N. ein Interesse daran hatte, diesen Zusammenbruch zu verzögern, um für Befriedigung seines Guthabens günstigere Chancen abzuwarten, als damals waren, wo der Rückgang der Papierpreise naturgemäß eine Entwertung der Papierfabriken herbeigeführt haben mußte.

Die arglistige Auskunft ist vom Prokuristen der Firma S. D. N. erteilt worden; die Beklagten irren aber, wenn sie meinen, der Inhaber einer Firma sei für eine derartige rechtswidrige Handlung seines Prokuristen nicht haftbar.

Nach Art. 42 HGB. ermächtigt die Prokura zu allen Arten von gerichtlichen und außergerichtlichen Geschäften und Rechtshandlungen, die der Betrieb eines Handelsgewerbs mit sich bringt. Die Erteilung einer Auskunft mag nun zwar kein „Geschäft" und keine „Rechtshandlung" darstellen, aber sie ist eine thatsächliche Verrichtung, die keineswegs außerhalb des einem Prokuristen anvertrauten Geschäftskreises liegen. Insbesondere bei Bankgeschäften gehören derartige Auskunftserteilungen zu den gewöhnlichen oder doch nicht seltenen Vorkommnissen des Geschäftslebens, wie schon die zahlreichen Veröffentlichungen von Entscheidungen beweisen, die solche Auskünfte betreffen[1]). Für einen Prokuristen wie S. N., der nach der Feststellung des erstrichterlichen Thatbestands den ganzen Geschäftsbetrieb allein zu leiten hatte, gehörte daher eine derartige Auskunftserteilung zu den Thätigkeiten, die er nicht bloß vornehmen konnte, sondern auch durfte. War er aber ermächtigt, die erbetene Auskunft

1) Vgl. Busch, Zeitschrift für HR. Bd. 45 (N. F. Bd. 28) S. 369; RG. 20 Nr. 42 S. 194.

Namens der Firma zu erteilen, so läßt sich nicht[1]) sagen, eine bewußt rechtswidrige Auskunft müsse als Delikt und deshalb als außerhalb alles Zusammenhangs mit dem Zweck des Bankgeschäfts stehend von vornherein als vom Wirkungskreis des Prokuristen ausgeschlossen gelten; vielmehr ist eben auch hier wie bei den im Art. 42 HGB. erwähnten „Geschäften und Rechtshandlungen" mit der Vollmacht die Möglichkeit des Mißbrauchs der Vollmacht zu rechtswidrigen Manipulationen gegeben, ohne daß deshalb der Vollmachtgeber die Haftung insoweit ablehnen kann, als die Handlung des Bevollmächtigten rechtswidrig war. Es widerspricht auch nicht (wie das ROHG. meint) der Gerechtigkeit, daß „der Vertretene" in einem solchen Fall „für eine seiner Vermögens- und Thätigkeitssphäre gänzlich fremde Arglist des Vertreters zu civilrechtlicher Verantwortlichkeit" gezogen wird; denn die Handlung des Vertreters ist — wie gezeigt — der Vermögens- und Thätigkeitssphäre des Vertretenen keineswegs fremd, sondern fällt in deren Rahmen und wer die Macht verleiht, muß billig auch für deren Mißbrauch einstehen (womit nicht gesagt ist, daß der Geschäftsherr für alle von seinem Vertreter anläßlich dessen geschäftlicher Thätigkeit verübten rechtswidrigen Handlungen zu haften hat)[2]).

Hienach haften die Beklagten als Erben und Rechtsnachfolger der B. N. für die von deren Prokuristen bei der in Rede stehenden Auskunftserteilung begangene Arglist.

Es fragt sich nun noch, ob zwischen dieser Arglist und dem Schaden der Klägerin ein ursachlicher Zusammenhang besteht. (Dies wird bezüglich des Betrags von 1933 M. bejaht, den Gebr. E. aus den der Auskunft der Beklagten nachgefolgten Lieferungen noch an Klägerin schuldeten).

---

1) mit ROHG. 19 Nr. 63; 25 Nr. 83.

2) Vgl. neben Busch a. a. O. Staub, Kommentar zum HGB. (3. und 4. Aufl.) § 9 zu Art. 52, §§ 10 und 17 zu Art. 281, auch arg. RG. 20 Nr. 42. RG. 15 Nr. 26 scheint ebenfalls gegen die Ansicht des ROHG. zu neigen.

Urteil des I. Civilsenats vom 3. März 1899 in Sachen Bischoff und Sick gegen Nördlinger.
Die Revision gegen dieses Urteil ist zurückgewiesen worden.

4.

Fahrlässige Körperverletzung durch Hantieren mit einem geladenen Gewehr; eigenes Verschulden des Verletzten[1]).

Der 18 Jahre alte Kläger ist in einem fremden Zimmer durch einen Schuß aus einem Gewehr verwundet worden, das sich dort in den Händen des 17 Jahre alten Beklagten aus einem nicht näher aufgeklärten Grund entladen hat. Das Berufungsgericht hat im Gegensatz zum Landgericht den Beklagten für schadensersatzpflichtig erklärt aus folgenden

Gründen:

Darüber, welche Ursache die Entladung des von dem Beklagten gespannt gehaltenen Gewehrs bewirkt hat, durch die der Kläger am rechten Arm verletzt worden ist, sind weder vom Kläger noch vom Beklagten bestimmte Behauptungen aufgestellt worden; Kläger hat nur erklärt, daß er an das Gewehr nicht hingekommen sei, und hat geltend gemacht, daß Beklagter dem Landjäger gegenüber angegeben habe, er müsse aus Unvorsichtigkeit an den gespannten Hahnen hingekommen sein. Der Beklagte hat behauptet, daß er nicht zu erklären vermöge, wie das Gewehr losgegangen sei; auch hat er sich darauf berufen, daß Kläger dem Pfarrer N. gegenüber die Möglichkeit, mit der linken Hand das Gewehr berührt zu haben, eingeräumt habe. Hieraus ist soviel zu entnehmen, daß die Parteien darüber einig sind, daß eine, durch eine unabsichtliche Bewegung sei es des Beklagten sei es eines andern Anwesenden auf den Schießmechanismus ausgeübte Einwirkung die unmittelbare Ursache der Entladung gewesen ist. Dies genügt um festzustellen, daß jedenfalls den Beklagten

1) Vgl. §§ 823, 254 BGB.

ein Verschulden trifft, welches mit der Entladung des Gewehrs und der dadurch bewirkten Verletzung des Klägers in ursächlichem Zusammenhang steht.

Wer mit einem geladenen Gewehr in der Nähe von Menschen sich befindet, ist wegen der mit unvorsichtiger Handhabung von Schießwaffen verbundenen Gefahr für Leben und Gesundheit verpflichtet, alle Sorgfalt anzuwenden, um solche Gefahr auszuschließen. Indem der Beklagte, nachdem er sein Gewehr geladen und Zündhütchen aufgesetzt hatte, in der engen Stube verblieb, in welcher sich verschiedene andere Menschen aufhielten, durfte er nicht den Hahnen gespannt lassen, auch nicht das Gewehr in solcher Richtung halten, daß ein Schuß die Anwesenden treffen konnte; er mußte überhaupt alle Aufmerksamkeit darauf wenden, daß weder er selbst noch ein Anderer in eine Berührung mit dem Gewehr komme, die eine Entladung zur Folge haben konnte. Sofern der Beklagte diesen einfachen Geboten der Vorsicht gerade entgegengesetzt sich verhielt, hat er rechtswidrig gehandelt und die Ursache geschaffen, daß die Ladung den Kläger traf und verletzte. Dieser ursächliche Zusammenhang ist insbesondere dann nicht unterbrochen, wenn nicht durch den Beklagten unmittelbar, sondern — sei es durch den Kläger oder einen der andern Anwesenden ohne deren Willen — das Gewehr zur Entladung gebracht worden ist. Der Beklagte mußte der Gefährlichkeit des durch unachtsame Behandlung des geladenen Gewehrs geschaffenen Zustandes selbst bei geringer Aufmerksamkeit sich bewußt sein; es konnte ihm nicht entgehen, daß leicht er selbst oder ein Dritter die Entladung und damit die Verletzung der Anwesenden veranlassen konnte.

Ist hienach dem Unterrichter darin beizutreten, daß der Beklagte durch sein fahrlässiges Thun die dem Kläger widerfahrene Verletzung verursacht hat, so kann die weitere Ausführung des angefochtenen Urteils nicht gebilligt werden, daß der Einwand des Beklagten begründet sei, Kläger habe den ihm zugegangenen Schaden mitverschuldet. Die vom Unterrichter angeführten Aussprüche der Quellen (l. 28, l. 11

pr. D. ad legem Aqu. 9, 2) sind nicht geeignet, diese Ansicht zu stützen. Mit Recht wird von demjenigen angenommen, daß er den erlittenen Schaden selbst verschuldet habe, der sich auf einen Spielplatz einem Barbier anvertraut und von diesem in Folge davon, daß ihn eine Wurfscheibe trifft, geschnitten wird; oder der in eine Grube fällt, deren Vorhandensein er kannte oder kennen mußte; der erstere mußte sich sagen, daß die an dem dazu bestimmten Orte Spielenden so wenig, wie der auf dem Uebungsplatz übende Soldat (§ 4 Inst. 4, 3) ihre Thätigkeit so einrichten müssen und können, daß infolge derselben ein in ihren Bereich Kommender nicht beschädigt werde; deshalb hat er auf seine eigene Gefahr sich in ihre Nähe begeben; der Andere hat eine objektiv vorhandene Gefahr mißachtet, die er kannte oder kennen mußte.

Ein geladenes Gewehr in den Händen eines Andern wird für den in seiner Nähe Befindlichen erst dann gefährlich, wenn unvorsichtig damit umgegangen wird. Jedermann kennt diese Gefahr und ist verpflichtet, durch Vorsicht sie fern zu halten. Der Andere ist aber auch zu der Annahme berechtigt, daß der Besitzer des Gewehrs, wie sonstige damit in Berührung kommende Personen die ihnen obliegende Sorgfalt anwenden werden. Sein eigenes Verhalten ist nicht deshalb nachlässig, weil er sich darauf verläßt, daß Andere nicht nachlässig handeln werden. Sein Verhalten auf die Vermeidung aller möglichen Gefahren einzurichten, ist er nicht verpflichtet; das wäre übertriebene Aengstlichkeit, die im Begriff der diligentia diligentis patris familias nicht enthalten ist[1]).

Hienach kann der Umstand, daß der Kläger die Stube nicht verließ, nachdem Beklagter sein Gewehr schußfertig gemacht hatte, als Leichtsinn nicht bezeichnet werden; der Kläger durfte erwarten, daß vor allem der Beklagte selbst, aber ebenso die andern Anwesenden sich so verhalten werden, daß nicht durch die Entladung des Gewehrs Jemand Schaden nehme.

1) Mommsen, Beiträge zur Lehre von der culpa S. 361. Mot. z. I. Entw. BGB. Bd. I S. 279.

Lag diese Verpflichtung selbstverständlich auch dem Kläger selbst ob, so könnte selbst in dem Fall nicht angenommen werden, daß er durch sein Verhalten im Zimmer dagegen verstoßen habe, wenn er selbst das Gewehr zur Entladung gebracht hätte. Denn nach dem im Thatbestand des Urteils I. Instanz festgestellten Verlauf des Vorgangs stand im Augenblick der Entladung der Beklagte mit dem Gewehr links hinter dem Kläger; die Bewegung des linken Armes des Klägers, welche dasselbe getroffen haben könnte, müßte eine gewöhnliche, mehr unwillkürliche gewesen sein, wie sie denn auch nicht bemerkt worden zu sein scheint. Kläger konnte aber, dem A. G. und K. zugewandt nicht sehen und wissen, an welcher Stelle hinter ihm das Gewehr sich befand. Es war daher naturgemäß Sache des Beklagten darauf zu achten und zu verhüten, daß der vor ihm stehende, ihm den Rücken zuwendende Kläger das Gewehr in gefährlicher Weise berühre. Ließ Beklagter dies geschehen, so trifft ihn allein die Schuld, daß Kläger an das Gewehr anstieß und dasselbe sich entlud, während Beklagter es so hielt, daß der Schuß den Kläger traf.

Urteil des II. Civilsenats vom 23. Juni 1898 i. S. Lackner gegen Haas.

5

Differenzgeschäft[1]).

Nachdem die Beklagte schon früher unter Vermittlung des Klägers an der Frankfurter und Triester Börse Geschäfte à la hausse und à la baisse in österreichischen Kreditaktien gemacht hatte, begann im November 1891 eine neue Reihe solcher Geschäfte, welche vom Kläger in besonderem Kontokorrent behandelt wurden, und deren Ergebnis ein auf 1. Juli 1896 sich auf 5295,85 M. zu Gunsten des Klägers berechnender Saldo war. Der von der Beklagten gegen diese Forderung vorgeschützte Einwand, daß es sich bei den von ihr

1) Vgl. § 764 BGB.

mit dem Kläger abgeschlossenen Geschäften um reine Differenzgeschäfte gehandelt habe, ist verworfen worden, vom Berufungsgericht aus folgenden

Gründen:

Sind die Geschäfte, aus welchen sich der dem Klaganspruch zu Grunde liegende Saldo berechnet, sog. reine Differenzgeschäfte, so konnten sie, wie auch vom Kläger nicht bestritten wird, rechtswirksame Folgen nicht erzeugen, und ist, auch soweit der Kontokorrentsaldo durch die Beklagte anerkannt worden, dessen Nichtigkeit bestehen geblieben.

Ein reines Differenzgeschäft liegt vor, wenn vertragsmäßig Recht und Pflicht zur Lieferung und Abnahme der gehandelten Waare ausgeschlossen ist, und es wird insbesondere vom Reichsgericht[1]) ein Einverständnis der Parteien dahin für ausreichend erachtet, daß seitens Eines der Kontrahenten Recht und Pflicht zu realer Erfüllung nicht gewollt war; ist dem andern Kontrahenten beim Vertragsschluß erkennbar gewesen, daß sein Gegner kein reelles Geschäft schließen, sondern nur um die Differenzen spielen wollte, so wird eine Willenseinigung in diesem Sinn als zustandegekommen und die Vereinbarung, daß die Ausgleichung der Kursdifferenz an Stelle der Erfüllung treten solle, als Bestandteil des Vertrags betrachtet.

Im vorliegenden Falle handelt es sich um Termingeschäfte der Beklagten, welche teils à la hausse, teils à la baisse in österreich. Kreditaktien Ende November 1891 begonnen und im März 1896 beendigt wurden, und bei welchen Kläger die Rolle des Kommissionärs spielte. Nach dem Vorbringen der Beklagten selbst kann es sich nur fragen, ob stillschweigend die effektive Erfüllung ausgeschlossen worden ist.

Wenn es auch richtig ist, daß aus der Geschäftsform, der sich die Beteiligten für ihre Spekulationsgeschäfte bedienen, auf das Wesen der letzteren nicht geschlossen werden kann, und daß wohl ausnahmslos auch die reinen Differenzgeschäfte in der Gestalt von Kauf und Verkauf, beziehungsweise Auf-

1) Jurist. Wochenschrift von 1898 S. 120 Nr. 21; S. 145 Nr. 17.

trag hiezu auftreten, so darf doch hervorgehoben werden, daß auch die Beklagte, von der von Anbeginn die Anregung zu den einzelnen Geschäften ausging, nicht nur ebenfalls in den, dem Kaufvertrag adäquaten Ausdrücken sich bewegte, sondern auch überall keinerlei Andeutung in der Richtung machte, daß sie effektive Erfüllung ausgeschlossen haben wolle und nur zu spielen beabsichtige, obgleich sie nicht nur weniger Veranlassung, sondern zweifellos auch ein geringeres Maß einschlägiger Kenntnisse und Gewandtheit besaß, um eine etwaige bloße Spielabsicht zu verhüllen. Sie läßt zwar behaupten, diese Spielabsicht erhelle aus ihrem schriftlichen Verkehr mit dem Kläger; allein keinem der vorgetragenen Schriftstücke ist neben dem bezeichneten sachlichen Inhalt mehr zu entnehmen, als das heftige Streben der Beklagten nach Gewinn und Ausgleichung erlittener Verluste; hierin liegt aber ein Moment, welches keineswegs für das Spielgeschäft charakteristisch ist, sondern ebenso dem reellen Spekulationsgeschäft innewohnt.

Fehl geht auch die Behauptung, daß die Anlegung einer besonderen laufenden Rechnung, die Art der Buchung der Engagements durch den Kläger und ein Teil seiner Prolongationsnoten auf reine Differenzgeschäfte hinweise. Die Anlegung abgesonderter Rechnung erklärt sich im Hinblick auf die von vornherein zu erwartende längere Dauer der Geschäfte durchaus natürlich aus Zweckmäßigkeitsgründen. In den halbjährlichen Rechnungsauszügen, welche Kläger der Beklagten übersandt hat, ist völlig korrekt, wie es bei normalen Termingeschäften — und daß auch hier Prolongationen in erheblichem Umfang vorkommen, ist nicht zu bestreiten — nicht anders gehalten werden könnte, die Beklagte auf der einen Seite mit den von ihr zu liefernden Effekten und den von ihr geschuldeten Preisen belastet, auf der andern Seite mit den ihr geschuldeten Preisen und den ihr zu liefernden Effekten kreditiert. Vollkommen unverfänglich, weil auch für reelle Zeitgeschäfte völlig angemessen, ist endlich der Umstand, daß Kläger in einer Reihe von Prolongationsnoten, die sich

auf in ihm selbst mit der Beklagten geschlossene Reportgeschäfte zu einem von ihm ebenfalls als Selbstkontrahent mit der Beklagten eingegangenen Termingeschäft bezogen, der Rechnung über das Reportgeschäft je die Berechnung der infolge der Nichterfüllung der Engagements an dem vereinbarten Stichtage von der Beklagten zu zahlenden Differenz beifügte, und wenn Letzteres auf der letzten dieser Rechnungen (vom 30. April 1895) unterblieb, so liegt der Grund hievon, wie die Rechnung zeigt, darin, daß bei dieser Prolongation infolge Sinkens der Kurse dem Kläger eine Differenz nicht zu gut kam.

Nun wird aber seitens der Beklagten eine Reihe anderer Momente angeführt, aus welchen sich die Spielnatur der in Frage stehenden Geschäfte ergeben soll. Auszuscheiden sind hievon zunächst diejenigen, welche aus der Persönlichkeit der Beklagten und dem Umfang der geschlossenen Geschäfte entnommen werden. Wenn die Beklagte eine „einfache Witfrau vom Lande" ist, so lägen ihrer Sphäre reine Differenzgeschäfte nicht näher, als reelle Termingeschäfte, und könnte vielleicht eher bezweifelt werden, ob die Beklagte Kenntnis davon hatte, daß die auch von ihr angewandte Form der Kaufverträge als nichtige Hülle von bloßen Spielgeschäften benützt werde. Indessen erhellt aus ihrem schriftlichen Verkehr mit dem Kläger, daß sie schon zu der Zeit, da die in Rede stehenden Geschäfte begannen, ein für ihre Verhältnisse ungewöhnliches Maß von Kenntnis und Verständnis der Börsengeschäfte hatte. Was sodann die Höhe der gehandelten Beträge anlangt, so könnte hieraus ein Anzeichen für die bloße Spielabsicht nur dann entnommen werden, wenn die der Beklagten zur Verfügung stehenden Mittel zu gering gewesen wären, um die eingegangenen Verpflichtungen effektiv zu erfüllen; wäre das Vermögen der Beklagten nur etwa hinreichend gewesen, um einen von ihr begehrten Vorschuß oder voraussehbare Differenzen zu decken, und hätte Kläger hievon Kenntnis gehabt, so läge die Vermutung nahe, daß sowohl Beklagte von vornherein nicht reell zu erfüllen, sondern

nur um die Differenzen zwischen den Kursen beim Abschluß und am Stichtage zu spielen beabsichtigt habe, auch Kläger hiemit einverstanden gewesen sei. Nun hat aber Kläger das Vermögen der Beklagten auf über 200000 M. angegeben, und seitens der Beklagten ist diese Schätzung zwar als zu hoch bezeichnet, aber nicht behauptet worden, daß die reale Erfüllung der jeweils laufenden Engagements die Mittel der Beklagten überstiegen haben würde. Hiemit fällt ein Indiz aus, welches an erster Stelle für die Feststellung des auf den Abschluß reiner Differenzgeschäfte gerichteten Willens angeführt zu werden pflegt. In Zusammenhang mit diesem Punkte macht die Beklagte zwar geltend, daß es sich bei den in Rede stehenden Operationen um die Verwaltung des Vermögens der Beklagten so wenig gehandelt habe, wie wenn sie an der Spielbank gespielt haben würde, daß vielmehr ersterem Zwecke nur neben den Engagements in Kreditaktien einhergehende zahlreiche Transaktionen gedient haben, wie sie jeder, der sein Vermögen in Wertpapieren anlege, von Zeit zu Zeit vornehmen müsse, und die auch immer Zug um Zug erfüllt worden seien; allein daraus, daß die Beklagte Kreditaktien nicht als Anlagepapiere benützt hat, folgt noch nicht, daß sie mit Hilfe derselben lediglich um Differenzen gespielt hat; die Spekulationsgeschäfte des Kapitalisten, der sein Vermögen in Wertpapieren angelegt hat, müssen nicht reine Differenzgeschäfte sein.

Ebensowenig schlüssig erscheint die Thatsache, daß die streitigen Geschäfte in den als Spekulationspapiere bekannten Kreditaktien und meistens als Blanko-Verkäufe geschlossen wurden, da auch reelle Termingeschäfte auf solche Weise gemacht werden. Dabei kommt auch nicht weiter in Betracht, ob, wie die Beklagte geltend macht, der Kläger erst die Beklagte auf die für diese Art von Spekulationsgeschäften in Triest bestehende Uebung aufmerksam gemacht hat; denn nach dem angeblichen Wortlaut dieser Mitteilung ist sie ungesucht dahin auszulegen, daß Kläger lediglich auf die Möglichkeit hingewiesen hätte, durch (während eines ungewöhnlich langen

Zeitraums freistehende) Kompensationsgeschäfte sich von der Notwendigkeit realer Erfüllung zu befreien; es wäre also keineswegs in jener Aeußerung ohne Weiteres eine Andeutung in dem Sinne zu finden, daß auf diesem Wege der Uebernahme der Pflicht zu realer Erfüllung ausgewichen werden könne; somit erscheint auch der dem Kläger zugeschobene Eid nicht als erheblich. Ob die an der Triester Börse geschlossenen Termingeschäfte fast nur Spielgeschäfte sind, wie die Beklagte, im Gegensatz zu dem Zeugnis der Triester Börsendirektion, behauptet, darf dahin gestellt bleiben, da auch bejahenden Falles sich daraus bezüglich der von der Beklagten eingegangenen Geschäfte etwas Sicheres nicht schließen ließe.

Es ist endlich von der Beklagten darauf hingewiesen worden, daß, wenn die Lieferungszeit gekommen, keine Partei an wirkliche Erfüllung gedacht habe, stets ohne besonderen Auftrag Prolongation erfolgt sei, einmal erst zwei Monate nach dem Stichtage, daß die endgiltige Lösung in jahrelangem Verkehr nie durch Erfüllung, sondern durch Deckungskäufe erfolgt sei. Auch diese Umstände sind mit reellen Termingeschäften nicht unvereinbar. Auch der nicht bloß spielende Spekulant wird vorziehen, die gehandelten Effekten nicht zu beziehen oder zu liefern, sondern ohne solche Weiterung mit Nutzen zu verwerten, das Geschäft durch Gegengeschäfte abzuwickeln, wobei sich nicht selten lang dauernde Schiebungen ergeben. Wenn Kläger die jeweils nach der Börsenlage angezeigt erscheinenden Prolongationen selbst ohne besonderen Auftrag der Beklagten zumal bei seinem Vertrauensverhältnis zu derselben ausführte, so brauchte diesem seinem Verhalten und dem unterbliebenen Anbieten und Mahnen an Erfüllung noch nicht die Aeußerung eines auf die Ablehnung der Erfüllung gerichteten Willens und die Erkenntnis desselben seitens des andern Kontrahenten zu Grunde zu liegen. Was insbesondere die Thatsache betrifft, daß die ult. August 1893 von der Beklagten zu liefernden Kreditaktien erst am 31. Oktober dess. J. durch den Kläger prolongiert worden sind,

so konnte das hierin offenbar gelegene Versehen ebensowohl bei einem reinen Differenzgeschäfte, wie bei einem ernst gemeinten Termingeschäfte vorkommen; es liegt nahe, dasselbe auf eine ungenügende Uebersicht über die Buchungen zurückzuführen, die z. B. besonders dann leicht den gemachten Fehler herbeiführen konnte, wenn, wie Kläger auch geltend macht, das von ihm mit Bezug auf den in ihm selbst mit der Beklagten geschlossenen Blanko-Verkauf an der Börse geschlossene Geschäft auf einen andern Termin lief, als das erstere. Nicht zu erörtern sind hier die aus Art. 357 HGB. sich ergebenden Folgen der Versäumung des Stichtages seitens des Klägers.

In keinem Punkte zeigt die Beschaffenheit der geschlossenen Geschäfte und das Gebahren der Parteien nicht auch reellen Termingeschäften anhängende Züge. Hiernach sind, wenn auch andererseits zuzugeben ist, daß das Verhalten der Parteien beim Vollzug der Geschäfte, auch wenn es bloße Spielgeschäfte gewesen wären, sich nicht anders dargestellt haben würde, alle die angeführten Momente auch in ihrer Zusammenfassung nicht genügend, um, sei es schon für das zuerst geschlossene Geschäft oder auch nur für die nachgefolgten, etwa zu der Annahme zu berechtigen, daß seitens der einen oder andern Partei der Ausschluß reeller Erfüllung für selbstverständlich erachtet worden sei. Da bei den einzelnen Vertragsschlüssen ein auch nur stillschweigend auf einen solchen Willen und folgeweise auf eine solche Uebereinkunft hindeutender Umstand nicht ersichtlich ist, so erscheint der Beweis der Behauptung, daß reine Differenzgeschäfte vorliegen, nicht als erbracht.

Urteil des II. Civilsenats vom 29. Dezember 1898 in Sachen Rauth gegen Mayer.

6.

Voraussetzungen eines giltigen Selbsthilfeverkaufs[1]).

Kläger hat einen an die Beklagte verkauften Wasser-

1) Vgl. § 373 HGB.

reinigungsapparat wegen Abnahmeverzugs der Beklagten im Weg des Selbsthilfeverkaufs öffentlich versteigern lassen. Seine auf Bezahlung des hiebei gegenüber dem von der Beklagten zu bezahlenden Kaufpreis erzielten Mindererlöses ist abgewiesen worden. Aus den

Gründen:

Unter allen Umständen ist dem Prinzip der Oeffentlichkeit des Verkaufs und dem damit vom Gesetze gewahrten Interesse der Beklagten nicht, weil nicht genügend[1]), Rechnung getragen worden und zwar nach zwei Seiten hin:

1. Die — sei es durch örtliche Usance gebotene oder sonst[2]) für angemessen erachtete — Publikation des Verkaufs im Reichenbacher Tageblatt mußte, zumal nur eine einmalige Insertion stattfand, so zeitig erfolgen, um eine möglichst große Anzahl von Kaufsliebhabern vom Verkaufstermin in Kenntnis zu setzen. Nun lag aber zwischen der Publikation am 5. Januar und dem Verkaufstermin vom 8. Januar nur ein Zwischenraum von zwei Tagen, viel zu kurz, um für eine genügende rechtzeitige Bekanntgabe in den Interessentenkreisen irgend welche Garantien zu bieten und den Kaufsliebhabern noch die Beteiligung an der Versteigerung möglich zu machen.

2. In der (nur einmal erfolgten) Publikation wurde angekündigt die öffentliche Versteigerung „der zu einem kompletten eisernen Wasserreinigungsapparat gehörigen Bestandteile nebst Armatur im Gesamtgewicht von 4509 Kilogramm" in dem Fabrikhofe der H.H. W. und W. zu N., während das der Beklagten zu liefernde Objekt „ein Wasserreiniger System Reichling D.R.P." (deutsches Reichspatent) und zwar — wie auf Verlangen der Beklagten bezw. ihres Prokuristen noch ausdrücklich beigefügt werden mußte — „neuester Konstruktion eingerichtet als Vorwärmer 6000 mm hoch nebst einem Podest aus Riffelblechen mit Treppenleitern und den gesamten zum Reiniger selbst gehörenden Armaturen"

1) RG. 8 S. 25. ROHG. 16 S. 95.
2) ROHG. 16 S. 93; Bolze Bd. 14 Nr. 44.

war, wozu der Kläger noch den Monteur auf seine Kosten zu stellen hatte. Der bei dem Preise von 3300 M. doch sicher keine unerhebliche Rolle spielende Podest ꝛc. ist in der Publikation überhaupt nicht ausdrücklich erwähnt, sollte ein solcher sich für den Kenner aber auch aus dem Worte „kompletten" von selbst verstanden haben, so verstand sich aus dem sonstigen Inhalt der Publikation bezw. aus der Erwähnung des Fabrikhofs der H.H. W. und W. doch das nicht von selbst, daß es sich um einen (nur noch zu montierenden) patentierten Apparat neuester Konstruktion nach dem System Reichling handle. Man kann davon absehen, daß der eventuellen Stellung eines Monteurs und der Zahlungsmodalität erst nach erfolgreicher Inbetriebsetzung, welche Gedinge immerhin für manche Kaufsliebhaber in Betracht kommen konnten, keine Erwähnung geschah [1]); aber das mußte die Veröffentlichung unzweifelhaft erkennen lassen, daß es sich um einen neu erstellten Apparat neuester Konstruktion handle und nicht um eine gebrauchte oder veraltete Maschine bezw. um altes Eisen, wie die Beklagte sich ausdrückt.

Auch die Angabe der Dimensionen hätte sich zum Zwecke eines der Beklagten vorteilhafteren Verkaufes jedenfalls weit mehr empfohlen, als die — eher auf einen veralteten oder unbrauchbar gewordenen Apparat hinweisende — Gewichtsangabe.

Urteil des II. Civilsenats vom 2. Februar 1899 i. S. Reichling gegen Schirm und Mittler.

7.

1. **Beweislast eines gegen Unfall Versicherten, der wegen einer erlittenen Körperverletzung Entschädigung verlangt.**
2. **Verwirkung eines Anspruchs aus Versicherungsvertrags durch unwahre Angaben in der Schadensanzeige?**

Der Kläger ist bei einem Raubanfall, der in der Nacht

1) ROHG. Bd. 10 S. 372; RG. Bd. 19 S. 200.

vom 1. zum 2. Oktober 1896 in Zürich auf ihn verübt wurde, durch Stich- und Schnittwunden sowie eine Quetschung in der Magengegend und andere weniger erhebliche Beschädigungen, die ihm von dritter Hand zugefügt sind, körperlich verletzt worden. An den Folgen dieser Verletzungen hat er noch jetzt zu leiden. Davon ausgehend, daß hierin ein Unfall im Sinne der Versicherungsbedingungen liege, hat er die Beklagte, bei der er für den Invaliditätsfall und gegen Verletzungen aller Art versichert ist, im Wege einer Feststellungsklage auf Entschädigung in Anspruch genommen. Die Beklagte hat ihm vorgeworfen, daß er in der Unfallsanzeige, die nach § 4 ihrer Versicherungsbedingungen zu erstatten war, die Zeit und Umstände des Ereignisses nicht wahrheitsgemäß angegeben habe, und deshalb die Entschädigung ablehnen zu können geglaubt. Es wurde nach dem Klagantrag erkannt. Aus den

Gründen:

Beklagte bestreitet nicht, daß, wenn die Darstellung des Klägers in Betreff des Vorfalls vom 1. Oktober 1896 der Wahrheit entspricht, ein „Unfall" im Sinn der Bedingungen des Versicherungsvertrags der Parteien vorliegt. Voraussetzung der Geltendmachung eines Anspruchs aus diesem Vertrag ist für den Kläger, daß er beweist, daß ihn ein „Unfall" betroffen hat. Es genügt nicht, daß Kläger darthut, daß er eine Körperverletzung erlitten hat; er muß vielmehr weiter nachweisen, daß sie durch einen Unfall (im Sinn des Vertrags) herbeigeführt worden ist, die Sache liegt nicht etwa so, daß Beklagte die Behauptung des Klägers, die Verletzung sei Folge eines Unfalls, gegen sich gelten lassen müßte, so lang sie nicht deren Unwahrheit beweist; vielmehr muß der Versicherte zur Begründung der Klage die Wahrheit seiner Darstellung beweisen, soweit diese Darstellung für Entscheidung der Frage, ob ein Unfall vorliegt, erheblich ist. Hiebei mag davon auszugehen sein, daß in den Fällen der Abs. 5—8 des § 1 des Versicherungsvertrags das Vorhanden-

sein eines Unfalls verneint, nicht die Verwirkung eines Anspruchs des Versicherten ausgesprochen wird: geht man hievon aus, so muß aus der Darstellung des Versicherten (deren Beweis ihm obliegt) sich ergeben, daß der Unfall nicht Folge eines Ereignisses war, das nach Abs. 5—8 des § 1 nicht als Unfall gelten soll[1]). Die anscheinende Schwierigkeit eines solchen Beweises in den nicht seltenen Fällen, da Niemand außer dem Versicherten über den Hergang bei dem Unfall Auskunft geben kann, vermindert sich dadurch, daß angesichts der den Versicherungsvertrag in besonderem Maß beherrschenden Grundsätze von Treu und Glauben das Gericht leicht dahin gelangen wird, der Darstellung des Versicherten Glauben zu schenken, sofern sie nicht an Unwahrscheinlichkeit leidet und keine Umstände vorliegen, die gegen ihre Wahrheit sprechen.

Wenn es nach dem Bisherigen zur Begründung der Klage nicht genügt, daß Kläger in der Unfalls-Anzeige eine Darstellung gegeben hat, die die Verletzung als Folge eines Unfalls erscheinen läßt, vielmehr Kläger beweisen muß, daß ihn ein „Unfall" betroffen hat, so ist andererseits die Ansicht der Beklagten unrichtig, Kläger habe seine Ansprüche aus dem Versicherungsvertrag verwirkt, wenn er in der Anzeige unwahre Angaben gemacht habe oder habe machen lassen. Aus allgemeinen Grundsätzen läßt sich eine derartige Rechtsfolge nicht ableiten, zu vermuten ist eine solche Verwirkungsklausel nicht und die Versicherungsbedingungen der Beklagten enthalten (abweichend von denen anderer Gesellschaften) einen derartigen Satz nicht: sie geben der Beklagten nur das Recht, bei Versäumnis oder Verspätung der Anzeige eine Ersatzverbindlichkeit abzulehnen; wenn aber die Anzeige unwahre Angaben enthält, ist sie deshalb nicht versäumt oder verspätet, sie erfüllt trotzdem (wenn auch unter Umständen

1) Diese Bestimmungen führen Fälle auf, für welche „die Versicherung nicht gilt", so z. B. Körperverletzungen, die durch Raufereien, offenbare Trunkenheit oder große Fahrlässigkeit des Versicherten herbeigeführt worden sind.

ungenügend) ihren wesentlichen Zweck, den Versicherer rechtzeitig in die Lage zu versetzen, die Umstände zu prüfen, unter denen das schädigende Ereignis eingetreten ist. Daß die Erstattung einer der Wahrheit nicht (durchaus) entsprechenden Anzeige als Unterlassung einer wahrheitsgemäßen Anzeige der Versäumnis der Anzeige gleich stehe, kann nicht zugegeben werden: der zweite Satz des § 4 der Versich.-Bed. nennt nur die formalen Erfordernisse einer Anzeige, ohne hervorzuheben, daß die Angaben wahrheitsgemäß sein müssen (was freilich vorausgesetzt wird); daß nun mit der Fassung: „Versäumnis oder Verspätung solcher Anzeige" — auch der Fall getroffen werden wollte, da die rechtzeitige und in gehöriger Form erstattete Anzeige (teilweise) unwahre Angaben enthält, ist nicht anzunehmen, weil es sehr naheliegend gewesen wäre, diesen Fall klar und unzweideutig hervorzuheben, indem etwa gesagt worden wäre: „Wird die Anzeige versäumt oder verzögert oder enthält sie unwahre Angaben, so ꝛc.". Solche unwahre Angaben beeinflussen daher die Rechte des Versicherten nicht, soweit sie an der Thatsache nichts ändern, daß ihn ein „Unfall" im Sinn des Vertrags betroffen hat (z. B. wenn der Versicherte einen Beinbruch, den er durch Fall auf der Treppe eines Bordells erlitten, auf der Straße erlitten zu haben angiebt). Unter Umständen können solche falsche Angaben zur Anwendung der Rechtssätze über die Folgen eines (versuchten) Betrugs führen oder eine Schadensersatzpflicht des Versicherten begründen, wenn er durch falsche Angaben etwa dem Versicherer den Rückgriff gegen denjenigen unmöglich gemacht hat, der den Unfall schuldhaft herbeigeführt hat: derartige Gegenansprüche hat Beklagte nicht erhoben.

Urteil des I. Civilsenats vom 9. Dezember 1898 in Sachen Bloch gegen Allgemeine Unfall- und Haftpflicht-Versicherungs-Aktiengesellschaft Zürich.

Die Revision gegen dieses Urteil ist zurückgewiesen worden.

8.

Beweislast bei Notwehr?[1])

Kläger hat gegen den Beklagten Klage auf Ersatz des Schadens erhoben, den er durch eine ihm angeblich vom Beklagten zugefügte Körperverletzung erlitten haben will. Gegenüber dem Einwand des Beklagten, er habe, wenn die fragliche Verletzung überhaupt von ihm herrühre, in Notwehr gegen einen rechtswidrigen Angriff des Klägers gehandelt, hat Kläger behauptet, er habe sich seinerseits bei dem Angriff auf den Beklagten in Notwehr befunden. Die

Gründe:

führen zunächst aus, daß Beklagter bei der ihm zur Last gelegten Körperverletzung in Selbstverteidigung gehandelt habe; sodann fahren sie fort: Dagegen erhebt sich die weitere Frage, ob nicht, wie der Kläger geltend macht, die Rechtmäßigkeit der Selbstverteidigung des Beklagten deshalb ausgeschlossen ist, weil sich der Kläger seinerseits bei seinem Angriffe gegen den Beklagten in Notwehr befand. Denn Notwehr ist wie nach strafrechtlichen, so auch nach civilrechtlichen Grundsätzen nur die zur Abwehr eines rechtswidrigen Angriffs gebotene Verteidigung (vergl. BGB. § 227), ein Angriff ist aber dann nicht rechtswidrig, wenn er selbst nur die Abwehr einer drohenden Thätlichkeit des Angegriffenen bezweckt.

Darüber nun, ob sich der Kläger gegenüber dem Beklagten in Notwehr befunden habe, läßt sich auf Grund der Ergebnisse des Strafverfahrens eine sichere Feststellung nicht treffen.

Fehlt es sonach hier an einer schlüssigen Beweisführung, so muß dies im gegenwärtigen Civilprozeßverfahren derjenigen Partei zum Nachteil gereichen, der die Beweispflicht obliegt.

1) Vgl. § 227 BGB.

Das angefochtene Urteil geht nun davon aus, daß der Kläger wie die Schuld des Beklagten, so auch die Rechtswidrigkeit der Handlung des Beklagten zu beweisen habe, wogegen der Kläger geltend macht, sobald die Thäterschaft des Beklagten feststehe, habe dieser die Rechtmäßigkeit der That nachzuweisen.

Einer Entscheidung dieser Streitfrage bedarf es jedoch nicht.

Denn wird angenommen, daß der Kläger für die Rechtswidrigkeit der Handlung des Beklagten beweispflichtig sei, so hat er insbesondere auch nachzuweisen, daß der Beklagte nicht in berechtigter Selbstverteidigung gehandelt habe, weil er keinem rechtswidrigen Angriffe des Klägers ausgesetzt gewesen sei.

Wird aber im Anschluß an die vom Kläger in Bezug genommene Entscheidung [1]) die Ansicht zu Grund gelegt, daß die dem Beklagten zur Last gelegte vorsätzliche Körperverletzung zunächst für eine rechtswidrige zu halten und daß es Sache des Beklagten sei, einredeweise seine Berechtigung zur Vornahme jener schädigenden Handlung darzulegen, so hat doch der Beklagte der ihm hienach obliegenden Beweispflicht genügt, sofern er nachgewiesen hat, daß er in Verteidigung gegen einen thätlichen Angriff des Klägers gehandelt hat. Die Rechtswidrigkeit dieses Angriffs nachzuweisen, kann man von dem Beklagten nicht verlangen, vielmehr muß auch hier dieselbe Vermutung, wie bezüglich der That des Beklagten, Platz greifen, und demnach nunmehr vom Kläger erfordert werden, daß er replicando die Rechtmäßigkeit seines Angriffs auf den Beklagten darlege und erweise.

Die eine wie die andere Ansicht führt mithin zu demselben Ergebnisse, daß den Kläger die Beweislast für die von ihm geltend gemachte Notwehr trifft.

Urteil des I. Civilsenats vom 9. Juni 1899 i. S. Steinbrenner gegen Maier.

---

1) in Seuffert's Archiv Bd. 32 Nr. 85 S. 111.

9.

Voraussetzungen der Zulässigkeit eines Zwischenurteils im Sinn des § 276 Abs. 1 C.P.O.[1])

Kläger hat gegen den Beklagten Klage auf Bezahlung eines Warenlagers erhoben, das nach seiner Behauptung Beklagter mit einem Haus von ihm gekauft hatte. Er berechnete den Warenkaufpreis auf 1981 M. 24 Pfg., sein Guthaben einschließlich des Hauskaufziels auf 3981 M. 24 Pfg., eine eigene Schuld an den Beklagten auf 1278 M. 15 Pfg. und beantragte demgemäß Verurteilung des Beklagten zur Bezahlung von 2703 M. 09 Pfg. Dagegen wandte der Beklagte ein, er habe das Warenlager nicht käuflich, sondern bloß zum kommissionsweisen Verkauf übernommen und im Ganzen für 218 M. 89 Pfg. Waren veräußert. Einschließlich des unbestrittenen Ziels mit 2000 M. bezifferte er seine Verbindlichkeit gegenüber dem Kläger auf 2218 M. 89 Pfg. und erkannte über Abzug seines Guthabens beim Kläger mit 2025 M. 12 Pfg., gewisser Auslagen mit 8 M. 44 Pfg., einer Ladenmiete von 50 M. und einer Vergütung von 112 M. für seine kommissionsweise Thätigkeit, zusammen 2195 M. 56 Pfg., einen Restbetrag von 33 M. 33 Pfg. an, über welchen Betrag am 26. April 1898 Teilurteil ergangen ist.

Im Uebrigen verfügte das Landgericht mit Beschlüssen vom 17. Mai und 11. Oktober 1898, daß die Verhandlung auf den Grund des Klaganspruchs zu beschränken sei, und ordnete zunächst Beweisaufnahme an. Mit Urteil vom 8. November 1898 „stellte" das Landgericht „fest", „daß der Beklagte das ihm im Mai 1897 übergebene Warenlager des Klägers gekauft hat und daß derselbe verpflichtet ist, dem Kläger den Kaufpreis zu bezahlen abzüglich seiner Gegenforderungen". In späteren Vergleichsverhandlungen wurde die Fahrniskaufschillingsforderung des Klägers auf 1974 M., die Forderung des Beklagten auf 2065 M. 82 Pfg. beziffert

1) jetzt § 304.

und erstere in vollem Umfang, letztere bis auf den Betrag von 177 M. an sich anerkannt. Beklagter wurde sodann vom Landgericht zur Bezahlung der vom Kläger auf 2061 M. ermäßigten Klagforderung verurteilt.

In den

Gründen

des auf die Berufung des Beklagten gegen das Zwischenurteil und das Endurteil ergangenen Urteils ist ausgeführt: Die Zulässigkeit der erhobenen Berufung unterliegt, was das Urteil vom 20. Dezember 1898 anlangt, keinem Anstande. Sie könnte dagegen in Richtung auf das Urteil vom 8. November 1898 zweifelhaft erscheinen, weil dieses — dem Wortlaut seines entscheidenden Teils nach — lediglich einen einzelnen Streitpunkt erledigt, und insofern ein gewöhnliches der Rechtskraft nicht fähiges Zwischenurteil (§ 275 C.P.O.) darstellt. Indessen verweist der Vorderrichter in den Entscheidungsgründen ausdrücklich auf § 276 C.P.O. und deshalb ist, zumal da die Verhandlung durch Gerichtsbeschluß auf den Grund des Klaganspruchs beschränkt worden war, die Statthaftigkeit der Berufung unter allen Umständen zu bejahen[1]).

Nur müßte dann, wenn § 276 Abs. 1 C.P.O. als unzutreffend erfunden würde, das Urteil aufgehoben und die Sache an das Landgericht zurückverwiesen werden[2]).

Bei Würdigung aller Umstände läßt sich aber das Urteil vom 8. November 1898 immerhin als ein Zwischenurteil gemäß § 276 Abs. 1 halten, obgleich an sich mehrfache Bedenken bestehen.

Zunächst spricht sich die landgerichtliche Entscheidung entgegen der Regel, daß eine Vorabentscheidung nach § 276 alle eingeklagte Ansprüche umfassen soll[3]), über das mitein-

1) Entsch. des R.G. i. C.S. 6 S. 421; 429; 8 S. 363; 13 S. 403 Jur. Wochenschrift 1897 S. 47.

2) Entsch. d. R.G. i. C.S. 31 S. 363 Abs. 2. Jurist. Wochenschrift 46 S. 362.

3) Seufferts Archiv 46 S. 362.

geklagte Liegenschaftskaufschillingsziel von 2000 M. nicht aus. Allein dieser Anspruch war nach Grund und Betrag von Anfang an unter den Parteien unbestritten. Hätte er somit in der Urteilsformel nur nebenher erwähnt werden können, so darf das fragliche Urteil wegen des Mangels um so weniger aufgehoben werden, als die Entscheidungsgründe eine Ausdehnung der Urteilsformel auf das Liegenschaftskaufschillingsziel für infolge des Anerkenntnisses des Beklagten überflüssig erklären.

Ferner bildet die erste urteilsmäßige „Feststellung, daß der Beklagte das ihm im Mai 1897 übergebene Warenlager des Klägers gekauft hat" unzweifelhaft nur den Vordersatz, aus welchem im Weg rechtlicher Schlußfolgerung das Bestehen des streitigen Kaufschillingsanspruchs sich ergiebt; sie gehört mithin in das Gebiet gewöhnlicher Entscheidungsgründe und eignet sich bloß zu einem Zwischenurteil im Sinn von § 275 C.P.O.[1]).

Wäre sie aber in einem besonderen Zwischenurteil ergangen, so unterläge das letztere nach § 275 C.P.O. gleichzeitig mit der nächsten durch Rechtsmittel anfechtbaren und angefochtenen Entscheidung von selbst der Beurteilung des Berufungsgerichts. Ihre Aufnahme in das als Vorabentscheidung erlassene Urteil vom 8. November 1898 begründet demgemäß eine für dessen rechtliche Haltbarkeit bedeutungsvolle Verletzung des § 276 Abs. 1 nicht.

Endlich wird anscheinlich durch die zweite urteilsmäßige „Feststellung, daß der Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger den Kaufpreis zu bezahlen abzüglich seiner Gegenforderungen" teils über den Grund des erhobenen Anspruchs, d. h. über Beantwortung der Frage, ob er abgesehen von seinem Betrag zu Recht bestehe, hinausgegangen, teils diese Beantwortung in nicht ganz bündiger Form gegeben, sofern die Zahlungspflicht sich erst als rechtliche Folge der Bejahung des Grundes

1) Entsch. d. R.G. i. C. S. 31 S. 361. Jur. Wochenschr. 1893 S. 206, 538. 1896 S. 204, 432.

kennzeichnet und grundsätzlich eine Vorabentscheidung unter Erledigung aller gegen den Klaganspruch erhobener Angriffe d. i. ohne jeglichen Vorbehalt, ergehen soll[1]).

Aus den Entscheidungsgründen erhellt jedoch, daß mit Feststellung der Zahlungspflicht nichts anders gesagt werden wollte, als daß der Beklagte den Kaufpreis an sich schuldig, der Grund des streitigen Klaganspruchs zu bejahen sei. Anlangend die Schlußworte des Urteils „abzüglich seiner Gegenforderungen" wird in den Entscheidungsgründen nur bemerkt, es sei die Verpflichtung des Beklagten zur Bezahlung der Liegenschaftskaufschillingsrate abzüglich seiner etwaigen Gegenforderungen anerkannt. Nach dem Thatbestand hatte der Beklagte als solche geltend gemacht:

Kaufschilling für verschiedene Fahrnis 2 025 M. 12 Pfg., Ersatz für Auslagen beim beiderseitigen Umzug 8 M. 44 Pfg., Entschädigung für den Laden auf einen Monat 50 M. Vergütung für Zeitversäumnis durch Fortführung des klägerischen Ladengeschäfts 112 M.

Daß die beiden letzten Posten, sowie der im ersten Posten enthaltene Ansatz von 15 M. für Anschaffung von Kosten zur Aufbewahrung der streitigen Waren, zusammen Gegenforderungen von 177 M. nur beachtlich sein können, wenn zwischen den Parteien der vom Kläger behauptete Warenkauf nicht zustand gekommen war, liegt auf der Hand; sie sind vom Vorderrichter stillschweigend verworfen durch die „Feststellung, daß der Beklagte das Warenlager des Klägers gekauft hat". Im übrigen waren die Gegenforderungen des Beklagten vom Kläger ihrem Bestand nach von vornherein zugestanden und nur hinsichtlich der Höhe bestritten. Daher betrifft der urteilsmäßige Vorbehalt des Abzugs von Gegenforderungen in Wirklichkeit nur zwei genau bestimmte Posten und folgerichtig, weil diesen die Eigenschaft von Aufrechnungsposten unstreitig zukam, nicht den Grund, d. h. den

1) Entsch. d. R.G. i. C.S. 13 S. 405. 16 S. 387. 31 S. 361. Jur. Wochenschr. 1888 S. 343. 1895, S. 294. 379. 1896 S. 690. Seuffert's Archiv 39 S. 254. 46 S. 361.

rechtlichen Bestand des Klaganspruchs, sondern nur — wenn auch mittelbar — dessen Betrag. Insofern läßt das landgerichtliche Urteil ausschließlich noch zur Verhandlung und Entscheidung über den Betrag des klägerischen Guthabens Raum und entspricht damit den gesetzlichen Voraussetzungen einer Vorabentscheidung[1]).

Nun war freilich zur Zeit der Urteilsverkündung gegenüber der ganzen, nicht durch Teilurteil vom 26. April 1898 erledigten Klagforderung die Einrede der Aufrechnung erhoben, so daß sie möglicherweise — auch nach Abzug der stillschweigend verworfenen Gegenforderungen von 177 M. durch Wegfall des vom Beklagten seinerseits als Schuld eingestellten Postens von 218 M. für kommissionsweise eingenommene Warenpreise — vollständig geschlagen werden konnte, und in derartigen Fällen soll wegen der Gefahr nachträglicher Hinfälligkeit eine Vorabentscheidung überhaupt nicht ergehen[2]).

Doch hat inzwischen der Beklagte im Vergleichsweg seine Gegenforderungen auf einen hinter den Klaganssprüchen erheblich zurückbleibenden Betrag ermäßigt, weshalb der dem Urteil ursprünglich anhaftende Fehler als gehoben, eine Zurückweisung an das Landgericht als ausgeschlossen gelten muß.

Urteil des II. Civilsenats vom 13. April 1899 i. S. Frasch g. Ludwig.

---

1) Gaupp. 3. Aufl. I S. 613 oben.

2) Entsch. d. RsGs. in C.S. 31 S. 361. Jur. Wochenschr. 1896, S. 690.

B. in Strafsachen.

1.

Was ist „Verteidigung im Vorverfahren“ im Sinn des § 67 der Gebührenordnung für Rechtsanwälte?

In einer anfangs zur schwurgerichtlichen Zuständigkeit gehörigen Strafsache hatte ein von Amtswegen zum Verteidiger bestellter Rechtsanwalt für die „Verteidigung im Vorverfahren“ auf Grund des § 67 der Gebührenordnung für Rechtsanwälte eine Gebühr von 20 Mark berechnet. Die Strafkammer setzte diese Gebühr gemäß § 90 dieser Gebührenordnung auf 10 Mark fest. Die Beschwerde gegen diesen Festsetzungsbeschluß wurde vom Strafsenat als unbegründet verworfen.

Gründe:

Der Strafsenat sieht sich durch das vom Beschwerdeführer Vorgetragene nicht veranlaßt von seiner feststehenden Rechtsansicht abzugehen, wie sie in den Jahrbüchern der württembergischen Rechtspflege Band 1 Seite 199 und Band 3 Seite 83 und 84 in drei Beschlüssen vom 22. Juni 1887 und vom 22. Juni 1889 niedergelegt ist.

Wenn der Beschwerdeführer sich auf Meyer-Irmler, Gebührenordnung für Rechtsanwälte, 3. Auflage, zu § 67 N. 5 und die dort angeführten Entscheidungen beruft, so ist da allerdings ausgesprochen, die Gebühren des § 67 der Gebührenordnung für Rechtsanwälte stehen dem Rechtsanwalt zu, sobald er im Vorverfahren als Verteidiger d. h. zur Wahrung und Geltendmachung der Rechte des Beschuldigten

thätig gewesen sei. Es genüge Akteneinsicht, Rücksprache mit dem Beschuldigten und dergl., auch wenn diese Thätigkeit zu dem Schlusse führe, daß besondere Anträge zur Wahrung der Rechte des Beschuldigten nicht zu stellen seien. Allein hier ist der Begriff der „Verteidigung im Vorverfahren" im Sinne des § 67 der Gebührenordnung für Rechtsanwälte verkannt. Wer zur Zeit des Vorverfahrens und in Rücksicht auf das Vorverfahren als Verteidiger thätig ist, übt damit allein noch keine Verteidigung im Vorverfahren aus. Wie der § 63 der Gebührenordnung für Rechtsanwälte die dort vorgesehenen Gebühren nicht demjenigen Rechtsanwalt zuspricht, der für das Hauptverfahren berufen worden und für die Zwecke der Hauptverhandlung vorbereitungsweise thätig gewesen ist, sondern nur demjenigen, der „Verteidiger in der Hauptverhandlung" war, also in der Hauptverhandlung als Verteidiger aufgetreten ist, so können auch die in § 67 vorgesehenen Gebühren „für die Verteidigung im Vorverfahren" nur demjenigen Rechtsanwalt bewilligt werden, der den Beschuldigten im Vorverfahren thatsächlich verteidigt hat, d. h. der bei der nach Lage des Vorverfahrens zuständigen Behörde eine auf die Verteidigung des Beschuldigten im Vorverfahren abzielende Thätigkeit vorgenommen hat und hiemit im Vorverfahren als Verteidiger aufgetreten ist. Die die Verteidigung sei's im Vorverfahren, sei's in der Hauptverhandlung vorbereitende Thätigkeit des Verteidigers, wobei der bezügliche Auftrag vor seiner vollständigen Ausführung sich erledigt hat, — im vorliegenden Fall ehe und ohne daß es zu einer Verteidigung im Vorverfahren gekommen ist, — ist nicht nach § 67, sondern nach § 90 der Gebührenordnung für Rechtsanwälte zu vergüten. Indem der § 90 durch seine Bezugnahme auf den § 89 ausdrücklich für solche Fälle gegeben ist, in denen die Gebührenordnung den Betrag der Gebühr nicht bestimmt, und für diese Fälle die Bemessung der Gebühr unter entsprechender Anwendung der Bestimmungen der Gebührenordnung vorschreibt, so werden hiemit die Ausführungen des Beschwerdeführers von selbst

hinfällig, als setze sich die angefochtene Entscheidung ohne Not in Widerspruch zum Prinzip und Geist des Gesetzes. Auch stellt das Gesetz die Bemessung solcher Gebühren keineswegs in das „Belieben" des Gerichts oder des Rechtsanwalts, sondern es bindet beide an die entsprechende Anwendung der sonstigen Bestimmungen der Gebührenordnung und an das hiezu erforderliche pflichtmäßige und verständige Ermessen. Dieses Ermessen hat der vorige Richter jedenfalls nicht zu Ungunsten des Beschwerdeführers walten lassen, wenn er diesem in entsprechender Anwendung des § 14 der Gebührenordnung für Rechtsanwälte für seine Mühewaltung fünf Zehnteile der Gebühr für die Verteidigung im Vorverfahren als Gebühr festgesetzt hat. Denn dem Beschwerdeführer waren nach seiner Bestellung zum Verteidiger aktenmäßig nur die sehr wenig umfangreichen Akten zur Einsicht zugestellt worden und auch weder aus der Beschwerdeschrift noch sonst ist irgend welche Thätigkeit des Beschwerdeführers als Verteidigers in dieser Strafsache zu entnehmen, die eine höhere Bemessung der festgesetzten Gebühr zu rechtfertigen vermöchte.

Beschluß des Strafsenats vom 22. November 1899 in der Strafsache gegen Daniel Gruber.

2.

Wie unterscheiden sich die §§ 102 und 103 St.P.O. in den mittels der Durchsuchung beizuschaffenden Gegenständen?

In der bei einem Kameralamt anhängigen Untersuchungssache wegen Berufs- und Diensteinkommenssteuergefährdung nahm auf Ersuchen des Kameralamts das Amtsgericht eine Durchsuchung in den Geschäftsräumen der Firma vor, in der der Beschuldigte zur Unterstützung der Geschäftsteilhaber thätig gewesen war. Gegen diese Durchsuchung erhoben die beiden Teilhaber der Firma, Vater und Oheim des Beschuldigten, nachmals Beschwerde sowohl im Sinn der Straf-

prozeßordnung, wie auch als Dienstaufsichtsbeschwerde. Die Beschwerde wurde von der vorgesetzten Strafkammer teils als gegenstandslos teils als unbegründet verworfen. Die in beiden Richtungen an den Strafsenat gerichtete weitere Beschwerde mußte, insoweit sie als Beschwerde im Sinn der Strafprozeßordnung erhoben war, auf Grund des § 352 Abs. 2 St.P.O. als unzulässig verworfen werden. Auch von dem Gesichtspunkt der Dienstaufsichtsbeschwerde aus ergaben sich die behaupteten Verstöße des Amtsgerichts als unbegründet. Gleichwohl konnte die Anordnung der Durchsuchung als gesetzlich gerechtfertigt nicht anerkannt werden. Hierüber wurde in einem Erlaß an die Strafkammer folgendes bemerkt:

Der § 103 unterscheidet sich vom § 102 St.P.O. dadurch, daß, wie die Motive zu den entsprechenden §§ 93 und 94 des Entwurfs sagen, bei dem Verdächtigen die Durchsuchung dann zulässig ist, wenn die Vermutung begründet erscheint, daß sie zur Auffindung von Beweismitteln führen werde, während nach § 103 gegenüber anderen Personen die Durchsuchung nur als das Mittel erscheint, die Erfüllung der Pflicht zur Herausgabe von Beweismitteln zu erzwingen und daher in diesem Fall nur da sich rechtfertigen lasse, „wo erstens die Beschlagnahme eines bestimmten Gegenstands bezweckt wird und zweitens hinreichender Grund zu der Vermutung vorliegt, (im Gesetz geändert in: „wenn Thatsachen vorliegen, aus denen zu schließen ist",) daß dieser Gegenstand in den zu durchsuchenden Räumen sich befinde". Diese Erfordernisse und besonders das erste haben in dem Wortlaut des § 103 Abs. 1 St.P.O. ihren unzweideutigen Ausdruck gefunden. Hierüber besteht auch in der Litteratur keine Meinungsverschiedenheit. Steuglein, St.P.O. zu § 103 N. 2: „Es darf nicht im allgemeinen gesucht werden nach Gegenständen, die etwa als Beweismittel dienen können, sondern nur nach bestimmten Gegenständen, deren beweisende Eigenschaft bereits feststeht". Löwe St.P.O. zu § 103 N. 5 verlangt sogar eine Befragung nach dem gesuchten Gegen-

ſtand und eine Aufforderung zur Herausgabe als Obliegenheit der Beamten, weil dem Betroffenen Gelegenheit gegeben werden müſſe, die Maßregel abzuwenden[1]).

Dieſem geſetzlichen Erfordernis hat das Kameralamt keine Rechnung getragen, wenn es die Vornahme der Durchſuche beantragte, „zum Zweck der Beſchlagnahme der Beweismittel darüber, daß und welche Geldbeträge der Beſchuldigte als Belohnung für ſeine Dienſtleiſtungen in dem genannten Geſchäft bezogen habe". Hiemit waren keine beſtimmten Gegenſtände bezeichnet, die in Beſchlag genommen und nach denen, falls ſie nicht freiwillig herausgegeben würden, geſucht werden konnte, ſondern die Durchſuchung mußte erſt klar ſtellen, ob überhaupt Gegenſtände, die in der bezeichneten Richtung als Beweismittel dienen könnten, in dem Geſchäft vorhanden ſeien. Es handelte ſich alſo um die „Auffindung von Beweismitteln" (§ 102 St.P.O.), nicht um das Suchen und Beſchlagnahmen ſchon vorher „beſtimmter" „Gegenſtände, welche als Beweismittel für die Unterſuchung von Bedeutung ſein können". (§ 103 Abſ. 1 und 94 Abſ. 1 daſelbſt).

Der Amtsrichter ordnete zwar die „beantragte Durchſuchung" „gemäß § 103 der St.P.O." an, machte aber in ſeinem Beſchluß weder das Zutreffen der bezüglichen geſetzlichen Vorausſetzungen, noch den Zweck der Durchſuchung namhaft. Auch in dem Protokoll über die Durchſuchung iſt deren Zweck lediglich übereinſtimmend mit dem kameralamtlichen Antrag bezeichnet und dementſprechend ſtellt ſich in dem Protokoll auch ihre Ausführung dar. Die Geſchäftsräume und deren Behältniſſe, namentlich Kaſſenſchrank und Pult, wurden durchſucht und die darin befindlichen Papiere

1) Schon Zachariä, Handbuch des Deutſchen Strafprozeſſes (1868), Bd. II. S. 167, auf welche Stelle die Motive zu den §§ 93 und 94 des Entwurfs der St.P.O. ſich ausdrücklich berufen, bemerkt: Die Hausſuchung dürfe bei dritten Perſonen nur dann zur Anwendung gebracht werden, „wenn es bereits gewiß oder ſehr wahrſcheinlich iſt, daß der Dritte ſich im Beſitz des oder der beſtimmten Objekte, deren Herausgabe von ihm verweigert wird, wirklich befinde".

durchgesehen, dabei wurde mehrfach bemerkt, es sei nichts oder nichts erhebliches darin gefunden worden. Daß nach irgend welchen bestimmten Gegenständen zum Zweck der Beschlagnahme gefragt oder gesucht worden wäre, ist nirgends erwähnt.

Auch in dem an die Strafkammer erstatteten Bericht spricht der Amtsrichter davon, daß gerade das Vorhandensein von Verrechnungen zwischen den beiden Teilhabern über die Belohnung des Beschuldigten, von Aufschrieben und Notizen über solche festzustellen neben der Durchsicht der Bücher der Firma und der Nachforschung nach etwaigen Briefen des Beschuldigten an die Teilhaber über seine Gehaltsbezüge (welche Schriftstücke überdies in diesem Falle nach § 97 St.P.O. der Beschlagnahme nicht unterlagen!) Aufgabe der vorgenommenen Durchsuchung gewesen sei. Hienach hätte es sich gleichfalls wesentlich um die Auffindung von Beweismitteln, nicht um die Auffindung vorher im einzelnen bestimmter Beweismittel gehandelt.

Immerhin lag aber noch die Möglichkeit vor, der Amtsrichter habe, wenn auch ganz entgegen dem Zweck und Sinn des § 103 Abs. 2 St.P.O., als die zu suchenden und in Beschlag zu nehmenden Gegenstände sämtliche Papiere in den Geschäftsräumen der Firma im Auge gehabt, in welchem Fall die betreffenden Gegenstände wenigstens durch ihre räumliche Beziehung, aber allerdings nicht, wie das Gesetz es verlangt (verb.: die gesuchte Sache) einzeln bestimmt gewesen wären. Der in dieser Richtung von dem Amtsrichter eingeforderte Bericht ergibt jedoch, daß er „die zur Feststellung gewisser Thatsachen dienlichen, im Geschäft der Firma vorhandenen Belege, Briefe, Aufschriebe, Notizen, Bucheinträge, insbesondere auch einen etwa vorhandenen Vertrag zwischen dem Beschuldigten und der Firma herbeizuschaffen", als den Zweck und die Aufgabe der Durchsuchung ansah. Hienach galt die Durchsuchung nicht bestimmten, vorher als Beweismittel irgendwie angezeigten einzelnen Gegenständen, sondern Gegenstäuden, die erst nach ihrer Beweiserheblichkeit, ja, wie bezüglich des Vertrags, erst hinsichtlich des Vorhandenseins

mittels der Durchſuchung ermittelt werden ſollten. Damit aber bezweckte die Durchſuchung thatſächlich die Auffindung von Beweismitteln, ein Zweck der die Durchſuchung nur bei einem Verdächtigen, nicht bei einer anderen Perſon geſetzlich zu rechtfertigen vermag.

Hätte der Amtsrichter, was zwar die Strafprozeßordnung nicht ausdrücklich vorſchreibt, aber z. B. von Kries, Strafprozeßrecht (1892), S. 298, ſachgemäß verlangt, in ſeinem Beſchluß das Vorhandenſein der geſetzlichen Vorausſetzungen und den Zweck der Durchſuchung aktenmäßig gemacht, ſo hätte er gefunden, daß beſtimmte Gegenſtände, die in Beſchlag zu nehmen und deshalb zu ſuchen wären, gar nicht bezeichnet ſind, noch in Frage ſtehen, ſondern daß erſt durch die Durchſuchung ermittelt werden ſollte, ob unter den Papieren in den Geſchäftsräumen der Firma ſich geeignete Beweismittel befinden. Dann wäre der Amtsrichter veranlaßt und verpflichtet geweſen, den Antrag des Kameralamts als geſetzlich nicht begründet abzulehnen.

Inſoweit kann die Durchſuchung in den Geſchäftsräumen der Firma trotz des im übrigen dringenden Verdachts nicht als geſetzmäßig anerkannt werden.

Beſchluß des Strafſenats vom 29. November 1899 in der Beſchwerdenſache S. und J.O. in G.

3.

Sind in den zum Zuſchlag zugelaſſenen württembergiſchen Abfindungsbrennereien auch die Uebengefäſſe anzuzeigen?

Die in der Berufungsinſtanz erkennende Strafkammer verneinte dieſe Frage. Auf die Reviſion des K. Steuerkollegiums, Abt. für Zölle und indirekte Steuern, hob der Strafſenat das freiſprechende Berufungsurteil auf aus folgenden

Gründen:

Die Annahme des vorigen Richters, daß der Angeklagte geſetzlich nicht verpflichtet geweſen ſei, das in Frage ſtehende

Blechgefäß in seiner Brennerei der Steuerbehörde anzuzeigen, ist nicht frei von Rechtsirrtum.

Hiebei kann dahin gestellt bleiben, ob dieses Blechgefäß nach seinem Gebrauch in der Brennerei ein „Hefengefäß" und damit nur ein Nebengefäß im Sinne der Branntweinsteuergesetze ist, wie der vorige Richter meint, oder ein „Maischgefäß" und damit ein Hauptgeräte im Sinn dieser Gesetzgebung, wie die Revision geltend macht. Denn nach den bestehenden Bestimmungen unterliegen im vorliegenden Fall auch die Nebengefässe der Anzeigepflicht, was der vorige Richter gleichfalls verneint und die Revision mit Recht behauptet.

Nach § 6 Abs. 1 des seit 1. Oktober 1887 für das gesammte Gebiet der Branntweinsteuergemeinschaft und somit auch für Württemberg in Kraft getretenen Gesetzes vom 8. Juli 1868, betr. die Besteuerung des Branntweins in verschiedenen zum Norddeutschen Bunde gehörenden Staaten und Gebietsteilen, (Reg.Bl. von 1887 S. 331 ff.) ist, wer eine Brennerei einrichten will, gehalten, eine Nachweisung einzureichen, worin u. a. die Brenn- und Maischgefässe und namentlich auch die Hefengefässe genau und vollständig angegeben sein müssen. Nach Absatz 2 dieses § liegt es „ebenso" dem Besitzer einer Brennerei ob, wenn Gerät angeschafft wird, dies binnen 3 Tagen nach Empfangnahme des Geräts der Steuerhebestelle anzuzeigen und das Gerät nicht ohne eine von dieser zu erteilenden amtlichen Bescheinigung in Gebrauch zu nehmen. Diese Vorschriften dienen zur Kontrolierung der im vorliegenden Fall allein in Betracht kommenden sog. Maischbottichsteuer, die nach § 2 a dieses Gesetzes bei der Bereitung des Branntweins aus Getreide und anderen mehligen Stoffen nach dem Rauminhalt der zur Einmaischung oder Gährung der Maische benützten Gefässe erhoben wird. Auf die Unterlassung der im § 6 vorgeschriebenen Anzeigen setzt der § 59 die Konfiskation der verschiedenen Stücke und eine Geldstrafe von 25 bis 100 Rthlr., gleich 75 bis 300 M.

Durch das Reichsgesetz, betreffend die Besteuerung des Branntweins vom 24. Juni 1887 (R.G.B. S. 253 ff.) wurde im 1. Abschnitt der im Gebiet der Branntweinsteuergemeinschaft hergestellte Branntwein vom 1. Oktober ab einer Verbrauchsabgabe und zu diesem Zweck der steuerlichen Kontrolle zur Sicherung gegen heimliche Ableitung oder Entnahme von alkoholhaltigen Dämpfen, Lutter oder Branntwein unterworfen. (§ 1 Abs. 1 und § 5 Abs. 1). Im II. Abschnitt dieses Gesetzes wird für die Maischbottichsteuer, die Branntweinmaterialsteuer und den Zuschlag zur Verbrauchsabgabe durch § 40 das Gesetz vom 8. Juli 1868 im allgemeinen in Kraft erhalten mit den in den folgenden §§ 41—43 bezeichneten Aenderungen und Ergänzungen.

Nach der dem Gesetz vom 24. Juni 1887 durch das Gesetz vom 16. Juni 1895 gegebenen und im allgemeinen seit 1. Juli 1895 in Geltung stehenden Fassung (R.G.Bl. S. 265 ff. und S. 276 ff.) bestimmt der § 42 in Betreff des — im vorliegenden Fall von dem Angeklagten zu erhebenden — Zuschlags zur Verbrauchsabgabe in Ziffer IV, daß die in den §§ 11—39 des gegenwärtigen Gesetzes hinsichtlich der Verbrauchsabgabe gegebenen Bestimmungen auf den Zuschlag zu derselben entsprechende Anwendung finden, und in Ziffer V, daß für Brennereien, in welchen — wie in der Brennerei des Angeklagten — nach Ziff. II und III der Zuschlag zur Verbrauchsabgabe erhoben wird, die sonstigen Bestimmungen des Gesetzes vom 8. Juli 1868 mit gewissen Aenderungen gelten, von welchen letzteren lit. a lautet: „Die Größe und Zahl der Nebengefässe, als Hefengefässe, Maischbehälter u. s. w., bedürfen einer Genehmigung nicht". Nun bestimmt der laut Ziffer IV auf den Zuschlag zur Verbrauchsabgabe entsprechend anzuwendende § 13 des Gesetzes vom $\frac{24.\ \text{Juni}\ 1887}{16.\ \text{Juni}\ 1895}$ daß namentlich auch für diejenigen Brennereien, welche, wie die Brennerei des Angeklagten, in einem Betriebsjahr nicht mehr als 1500 Hektoliter Bottichraum bemaischen, die Verbrauchsabgabe von der-

jenigen Alkoholmenge, welche aus dem angesagten Maischbottichraum hergestellt oder welche während der erklärten Betriebszeit mit der zum Gebrauch bestimmten Brennvorrichtung nach ihrer Leistungsfähigkeit gewonnen werden kann, im Voraus durch die Steuerbehörde bindend festzusetzen ist (sog. Abfindung), und daß von der Landesregierung angeordnet werden könne, daß — neben den schon nach § 13 Abs. 1 des Gesetzes vom 24. Juni 1887 nachgelassenen Vorschriften der §§ 5—8, 10 und 11 dieses Gesetzes — auch u. a. der § 42 Ziffer V des Gesetzes vom $\frac{\text{24. Juni 1887}}{\text{16. Juni 1895}}$ keine Anwendung finden soll. Durch die Bestimmung des § 42 Ziffer V ist nicht, wie es nach dem Wortlaut scheinen könnte, für den Zuschlag zur Verbrauchsabgabe erst das Gesetz vom 8. Juli 1868 mit den hier bezeichneten Aenderungen eingeführt, dies ist schon durch den § 40 des Gesetzes vom $\frac{\text{24. Juni 1887}}{\text{16. Juni 1895}}$ geschehen, sondern es sind mit jener Bestimmung nur gewisse Aenderungen des Gesetzes vom 8. Juli 1868 für den Zuschlag zur Verbrauchsabgabe eingeführt, auf welche Aenderungen in dem angeführten § 40 bereits hingewiesen ist. Diese in der Hauptsache Erleichterungen der Kontroll- und Strafbestimmungen des Gesetzes vom 8. Juli 1868 enthaltenden Aenderungen können nach § 13 Abs. 1 des Gesetzes vom $\frac{\text{24. Juni 1887}}{\text{16. Juni 1895}}$ von der Landesregierung außer Anwendung gesetzt werden. Dies ist geschehen für Württemberg in dem zufolge Erlasses des K. Finanzministeriums ergangenen Erlasse des K. Steuerkollegiums, Abt. für Zölle und indirekte Steuern vom 19. September 1895, betr. weitere Bestimmungen zur Ausführung des Branntweinsteuergesetzes in der Fassung vom 17. Juni 1895 (Amtsbl. des Württ. Steuerkollegiums S. 505 ff.) ebenso, wie für Preußen durch die allgemeine Verfügung des K. Preuß. Finanzministeriums vom 9. Juli 1895, betr. die Ausführungsbestimmungen zum Branntweinsteuergesetz (Centralblatt für die Abgaben-Gesetzgebung und

Verwaltung in den Preußiſchen Staaten S. 197 ff.) und für Bayern durch die von der K. Bayer. Generaldirektion der Zölle und indirekten Steuern gemäß Entſchließung des K. Bayer. Finanzminiſteriums vom 10. Auguſt 1895 zur Kenntnis gebrachten „Weiteren Beſtimmungen zur Ausführung des Branntweinſteuergeſetzes vom 24. Juni 1887“ (Amtsblatt der K. Bayer. Generaldirektion der Zölle und indirekten Steuern S. 250 ff.). Dieſe Anordnungen enthalten je die gleichlautende Beſtimmung: „Zu § 13 Abſ. 1“. (nämlich des Geſetzes vom $\frac{\text{24. Juni 1887}}{\text{16. Juni 1895}}$) „In § 13 Abſ. 1 — erſter Satz — iſt zur beſſeren Sicherung des Steueraufkommens die Beſtimmung neu aufgenommen, daß die Vorſchriften des § 42 Ziffer I auf die abgefundenen Brennereien, die Zuſchlag ſtatt Maiſchbottich- oder Materialſteuer entrichten, keine Anwendung finden“. Schon aus dieſem Grunde kann der § 42 Ziff. V Lit a des Geſetzes vom $\frac{\text{24. Juni 1887}}{\text{16. Juni 1895}}$ die Anzeigepflicht des Angeklagten bezüglich des in ſeiner Brennerei benützten Blechgefäſſes nicht beſeitigen. Hiebei kann dahin geſtellt bleiben, ob, wie die Reviſion behauptet, der § 42 Ziffer V Lit a überhaupt auf die Anzeigepflicht bezüglich der Nebengefäſſe ſich bezieht, ob er nicht, wie ſeine Worte lauten, nur eine „Genehmigung“ derſelben im Ange hat, wie eine ſolche in § 28 des Geſetzes vom 8. Juli 1868 gefordert iſt. (Zu vergl. § 18 der Verfügung des K. Finanzminiſteriums vom 25. September 1887 zur Vollziehung der Reichsgeſetze, betr. die Beſteuerung des Branntweins vom 24 Juni 1887 und vom 8. Juli 1868. Reg.Bl. S. 353 ff.)

Hienach hat der Angeklagte ein Brennereigeräte, mag es als Maiſch- oder als Hefengefäß zu dienen beſtimmt geweſen ſein, nicht wie der § 6 Abſ. 2 des Geſetzes vom 8. Juli 1868 dem Beſitzer einer Brennerei vorſchreibt wenn ein ſolches Geräte angeſchafft wird, drei Tage nach der Empfangnahme des Geräts, der Steuerhebeſtelle, im vorliegenden Fall dem Ortsſteuerbeamten mündlich, angezeigt, und ſich hiedurch einer

Zuwiderhandlung gegen § 59 des Gesetzes vom 8. Juli 1868 schuldig gemacht.

Urteil des Strafsenats vom 27. Dezember 1899 in Sachen G. H. in M.

4.

Ist für die Zurückweisung einer Beschwerde wider die von einem Amtsgericht gemäß § 488 St.P.O. verfügte Ablehnung eines Antrags auf Strafaufschub eine Gerichtsgebühr zu erheben?

Für die von der Strafkammer beschlossene Zurückweisung einer solchen Beschwerde wurde gemäß § 68 Abs. 1 G.B.G. eine Gerichtsgebühr von 1 Mk. angesetzt. Auf eine Beschwerde des Antragstellers hob der Strafsenat diesen Gebührenansatz auf

in Erwägung, daß für den Aufschub der Strafvollstreckung im Sinne des § 488 St.P.O. auch die Amtsgerichte, wenn sie, wie im gegenwärtigen Fall, als Strafvollstreckungsbehörden in Thätigkeit zu treten haben, nicht kraft ihrer richterlichen Gewalt, sondern als Organe der Justizverwaltung zuständig sind, deshalb ihre diesbezüglichen Verfügungen nicht mit der Beschwerde der Strafprozeßordnung, sondern nur mit der allgemeinen Dienstaufsichtsbeschwerde angefochten werden können, daß auch die von dem Angeklagten an die Strafkammer gerichtete Beschwerde nicht als Prozeßbeschwerde sich bezeichnet, noch als solche sich sonst kennzeichnet, daß demzufolge für ihre Zurückweisung eine Gerichtsgebühr nicht anzusetzen ist, da nach § 1 des Gerichtskostengesetzes Gerichtsgebühren nur in den vor die ordentlichen Gerichte gehörigen Rechtssachen, auf welche die Civilprozeßordnung, die Strafprozeßordnung oder die Konkursordnung Anwendung findet, zu erheben sind (zu vgl. Entscheidung des Reichsgerichts in Strafsachen Bd. 21. S. 424, Löwe St.P.O. zu § 483 Nr. 5).

Beschluß vom 24. Januar 1900 in Sachen F. K. in D. wegen Widerstands.

II.

Entscheidungen des Verwaltungsgerichtshofs.

1.

Zu Art. 5 Abs. 1 Ziff. 1 des Gesetzes vom 20. Dezember 1888, betreffend die Zwangsenteignung von Grundstücken.

In der Beschwerdesache des R. Sch. in Heilbronn gegen die Zwangsenteignungsentscheidung der K. Generaldirektion der Staatseisenbahnen vom 16. Mai 1899 hat der K. Verwaltungsgerichtshof die Beschwerde als unbegründet verworfen.

Gründe:

I. Gemäß Art. 2 des Gesetzes vom 19. Mai 1896 (Reg.-Bl. S. 128) ist eine Eisenbahn von Beilstein nach Heilbronn herzustellen und mit der baulichen Ausführung dann vorzugehen, wenn der Eisenbahnverwaltung von den Beteiligten der für den Bahnbau und dessen Zugehör dauernd erforderliche Grund und Boden kostenfrei zur Verfügung gestellt, oder statt der Eigentumsüberweisung genügende Sicherheit für die Erstattung der für die Bahn Beilstein–Heilbronn zu 909 405 M. veranschlagten Grunderwerbungskosten geboten sein wird. Durch die K. Verordnung vom 15. September 1898 (Reg.-Bl. S. 195) wurde die K. Eisenbahnverwaltung ermächtigt, zum Zweck der Erbauung dieser Bahn diejenigen Grundstücke und Rechte an Grundstücken im Wege der Zwangsenteignung zu erwerben, welche nach dem genehmigten allgemeinen Plan für das Unternehmen erforderlich sind. Nach diesem Plan ist die Bahn gemäß den Bestimmungen der Bahnordnung für die Nebeneisenbahnen Deutschlands vom 5. Juli 1892

mit einer Spurweite von 0,75 Meter anzulegen und ist bezüglich ihrer Richtung folgendes bestimmt: „Von Sontheim an folgt die Bahn der Staatsstraße von Lauffen a. N. nach Heilbronn, überschreitet die von Heilbronn nach Flein führende Staatsstraße und erreicht bei Kilometer 34 + 320 die Station Heilbronn-Südbahnhof, wo die Schmalspurbahn endigt. Der Südbahnhof wird mittelst eines Normalspurgleises, welches den Lerchenberg mit einem 400 Meter langen Tunnel durchführt, mit dem Hauptgleis Heilbronn—Weinsberg verbunden". In dem Verfahren zum Zweck der Zwangsenteignung wurde als Enteignungsbehörde die K. Generaldirektion der Staatseisenbahnen und als die Vertreterin der K. Eisenbahnverwaltung die Bauabteilung derselben bestellt.

Der Beschwerdeführer ist Eigentümer der beiden auf der Markung Heilbronn an der Sontheimer Straße neben einander liegenden Parzellen Nr. 5075 und 5074/1 im Meßgehalt von 24 a 15 qm und 10 a 05 qm. Nach dem von der K. Eisenbahnverwaltung vorgelegten Plan und den Einträgen im Grunderwerbungsverzeichnis wird der Südbahnhof Heilbronn unmittelbar neben diesen Grundstücken erstellt und wird von diesen Grundstücken eine Fläche im Meßgehalt von 15 a 30 qm beansprucht, teils zur Erbreiterung der von Heilbronn nach Flein führenden Straße, teils zur Einlegung des vom Südbahnhof nach Sontheim führenden Bahngleises, teils zur Einlegung eines weiteren vom Südbahnhof an die Sontheimer Straße führenden, zur Verbindung mit der Konservenfabrik von C. H. K. bestimmten Anschlußgleises.

In dem auf Grund der Art. 16 ff. des Zwangsenteignungsgesetzes vom 20. Dezember 1888 eingeleiteten Verfahren zur Feststellung des Plans hat der Beschwerdeführer gegen denjenigen Teil des Planes, wornach über seine Grundstücke das bezeichnete Anschlußgleis geführt werden soll, Einwendung erhoben. Nachdem in der mündlichen Verhandlung vom 13. Mai 1899 die sachverständigen Mitglieder der gesetzmäßig bestellten Kommission erklärt hatten, sie betrachten es als äußerst wünschenswert, daß zur Entlastung des Südbahnhofs

eine direkte Verbindung mit der Fabrik von K. erstellt werde, hat die K. Generaldirektion der Staatseisenbahnen als Enteignungsbehörde mit Entscheidung vom 16. Mai 1899 den von dem Unternehmer des Baus einer Eisenbahn von Beilstein nach Heilbronn vorgelegten Plan für die Gemeindemarkung Heilbronn in dem hieher bezüglichen Teile genehmigt und den vom Beschwerdeführer dagegen erhobenen Einspruch verworfen.

Gegen diese am 30. Mai 1899 zugestellte Entscheidung hat der Beschwerdeführer innerhalb der 14tägigen Frist des Art. 25 Abs. 2 des Zwangsenteignungsgesetzes am 12. Juni 1899 die Beschwerde an den K. Verwaltungsgerichtshof erhoben und den Antrag gestellt: die geplante Zwangsenteignung insoweit, als über die Parzellen 5074/1 und 5075 eine Anschlußlinie zu Parzelle 5074/2 geführt werden soll, für unzulässig zu erklären und der Unternehmerin die Kosten der Rechtsbehelfe (Einwendung und Beschwerde) aufzuerlegen.

II. Die rechtzeitig und formrichtig eingelegte und ausgeführte Beschwerde ist als unbegründet zu verwerfen. Gemäß Art. 1 und 2 des Zwangsenteignungsgesetzes findet die Zwangsenteignung von Grundstücken nur im Falle der Notwendigkeit derselben für ein Unternehmen zu allgemeinen Staats- oder Korporationszwecken statt, und wird die Zulässigkeit der Zwangsenteignung für ein bestimmtes Unternehmen durch eine nach Anhörung des Staatsministeriums ergehende Königliche Entschließung festgestellt. Die in dieser Weise als zulässig festgestellte Zwangsenteignung erstreckt sich dann gemäß Art. 5 Ziff. 1 des bezeichneten Gesetzes insbesondere auf die Abtretungen, welche notwendig sind zur planmäßigen Herstellung derjenigen Anlagen (Gebäude, Einrichtungen und Nebenanlagen), welche der Zweck des Unternehmens erfordert. Unbestritten ist im vorliegenden Falle, daß das von dem Südbahnhof nach der Sontheimerstraße geplante Gleisstück die unmittelbare Verbindung der K.'schen Fabrik mit dem Südbahnhof durch ein anschließendes Privatgleis zu vermitteln bestimmt ist. Der Beschwerdeführer macht geltend, daß hiernach dieses Gleisstück nur Privatinteressen

diene, während die Enteignung der für dasselbe erforderlichen Grundfläche nur im Falle der Notwendigkeit zu allgemeinen Staats- oder Korporationszwecken zulässig sei. Dagegen wird in der angefochtenen Entscheidung ausgeführt: Das fragliche Gleisstück sei ein nicht zu entbehrender Bestandteil des Südbahnhofs, dessen Anlage nur dann als zweckmäßig und modernen Anforderungen entsprechend gelten könne, wenn der Anschluß an die benachbarten Fabriken möglich sei. Zudem überhebe das angefochtene kurze Gleisstück die Eisenbahnverwaltung der Notwendigkeit, auf dem Südbahnhofe Abstellgleise für den gegenwärtigen und künftigen Verkehr der K.'schen Fabrik zu erstellen, was für den Südbahnhof von der größten Wichtigkeit sei, da eine Steigerung des Verkehrs auf demselben in Aussicht genommen werden müsse und die örtlichen Verhältnisse eine Erweiterung der Normalspur ausschließen. Zu beachten sei auch, daß nach den bestehenden allgemeinen Bestimmungen über die Zulassung von Zweig-, Gleis- und Weichen-Anschlußanlagen vom 28. Juni 1893 der Anschlußberechtigte die unentgeltliche aushilfsweise Benützung seiner Gleisanlage der Eisenbahnverwaltung, anderen Interessenten aber den Anschluß an sein Gleis zu gestatten habe. Es handle sich somit in erster Linie um eine notwendige Bahnhofeinrichtung, deren Fehlen als ein Mangel der Bahnhofanlage betrachtet werden müßte.

Gegen diese Darlegungen hat der Beschwerdeführer in der bei dem K. Verwaltungsgerichtshof eingereichten Beschwerdeschrift im wesentlichen noch vorgebracht: Die technischen Ausführungen können als richtig nicht anerkannt werden, zu ihrer Widerlegung werde sich auf das Gutachten von Sachverständigen berufen; die Kommission habe die Gleisanlage nur als „äußerst wünschenswert", nicht aber als notwendig bezeichnet. Der Begriff der Notwendigkeit im Sinne des Art. 1 des Gesetzes sei aber strikt auszulegen. Mit späteren Bedürfnissen des Bahnhofs dürfe nicht gerechnet werden, da sie eine sofortige jetzige Zwangsenteignung nicht rechtfertigen können. Daß das fragliche Gleisstück den Privatinteressen der K.'schen

Fabrik ausſchließlich diene, ergebe ſich auch daraus, daß dieſe Fabrik mit Rückſicht auf dieſes Gleisſtück der Stadt Heilbronn einen Beitrag von 100000 M. zu den Grunderwerbungskoſten zugeſichert habe. Des weiteren beſtehe keine Sicherheit dafür, daß die K.'ſche Fabrik auf die Dauer an der jetzigen Stelle weiterbetrieben werde. Nicht einmal für die K.'ſche Fabrik könne die Notwendigkeit eines Anſchlußgleiſes anerkannt werden, dieſelbe könne auch ohne ein ſolches ihren Betrieb fortſetzen und ſich erforderlichen Falls durch eine Drahtſeilbahn ohne Inanſpruchnahme der beiden Parzellen des Beſchwerdeführers eine direkte Verbindung mit der Bahn beſchaffen.

Bei der Würdigung der vorliegenden Beſchwerdeſache iſt davon auszugehen, daß über die Notwendigkeit der Abtretung des zur Anlage des Südbahnhofs Heilbronn erforderlichen Grundeigentums im Grundſatze durch die K. Verordnung vom 15. September 1898 endgiltig entſchieden iſt. Dabei ſtimmt die Theorie und Praxis darin überein, daß nach der Natur der menſchlichen Einrichtungen und Bedürfniſſe als Vorausſetzung der Zwangsenteignung nicht eine abſolute, ſondern nur eine relative Notwendigkeit der Abtretung verlangt werden kann, die unter Umſtänden mit dem Begriff der Zweckmäßigkeit zuſammenfällt.

So hat der K. Geheime Rat in einer Entſcheidung vom 22. Mai 1875 ausgeſprochen, daß „nach dem Sinne des § 30 der Verfaſſungsurkunde die Expropriation nicht auf den Fall einer abſoluten Notwendigkeit beſchränkt, ſondern ſchon beim Vorhandenſein eines entſchiedenen Bedürfniſſes nach Befriedigung eines allemeinen Staats- oder Korporationszweckes zuzulaſſen und daß das Vorhandenſein eines ſolchen Bedürfniſſes auch bezüglich der nicht unmittelbar in die Bahnlinie fallenden Flächen, deren Expropriation beantragt ſei, zu den bezeichneten Zwecken als nachgewieſen zu erachten ſei“ [1]).

Sarwey, württemb. Staatsrecht, Bd. I, S. 261 bemerkt: „daß das zweite Erfordernis, die Notwendigkeit der Abtretung,

[1]) Vgl. Württemb. Archiv. Bd. 21 S. 204.

nicht in dem strengen Sinne des Begriffs der Notwendigkeit zu nehmen ist, liegt in der Natur der Sache. Nach dem heutigen Stand der Technik kommt höchst selten, vielleicht nie ein Unternehmen in Frage, welches in dem Sinne die Abtretung eines bestimmten Grundstücks notwendig machen würde, daß andernfalls seine Ausführung unmöglich wäre. Dies zu verlangen, konnte die Verfassungsurkunde nicht gemeint sein". Gaupp, württemb. Staatsrecht S. 186 äußert sich dahin: „Die Abtretung für die genannten Zwecke muß notwendig sein; hierunter ist jedoch nicht eine absolute Notwendigkeit zu verstehen, es genügt vielmehr, daß das öffentliche Wohl das Unternehmen selbst erfordert und daß ein dringendes Bedürfnis oder überwiegende Zweckmäßigkeit für die gewählte konkrete Ausführung derselben vorliegt".

Dieser Begriff der relativen Notwendigkeit ist auch zur Anwendung zu bringen bei der im vorliegenden Streitfalle zu entscheidenden Frage, ob sich die durch die K. Verordnung grundsätzlich zugelassene Enteignung auf die für das fragliche Anschlußgleis erforderliche im Eigentum des Beschwerdeführers befindliche Grundfläche erstreckt. Nach dem Wortlaut des Art. 5 des Zwangsenteignungsgesetzes erstreckt sich die Enteignung insbesondere „auf die Abtretungen, welche notwendig sind zur planmäßigen Herstellung derjenigen Anlagen (Gebäude, Einrichtungen und Nebenanlagen), welche der Zweck des Unternehmens erfordert". Hiezu ist in dem Bericht der Justizgesetzgebungskommission der Kammer der Abgeordneten zutreffend bemerkt: „Sollte eine Erweiterung des Unternehmens später sich als im öffentlichen Interesse notwendig herausstellen (Erbreiterung von Bahnanlagen, Bahnhöfen und dergl.), so ist zur zwangsweisen Durchführung eine neue Verleihung des Enteignungsrechts und ein wiederholtes Enteignungsverfahren erforderlich. Wenn aber die Ausführung der betreffenden Anlagen schon in dem ursprünglichen Plane vorgesehen, z. B. ein zweites Gleise projektiert oder bei Bahnhofanlagen eine voraussichtlich spätere Verkehrssteigerung mit in Rechnung gezogen war, so unterliegt der hiezu erforder-

liche Grund und Boden der urſprünglich gewährten Zwangsenteignung, auch wenn die Ausführung der Anlagen einer ſpäteren Zeit vorbehalten bleibt. Was überhaupt unter den Begriff der durch den Zweck des Unternehmens erforderten Anlagen fällt, läßt ſich, insbeſondere für große Unternehmungen, Eiſenbahnen und dergleichen, im einzelnen nicht feſtſtellen. Hierunter ſind jedenfalls diejenigen Anlagen zu ſubſumieren, welche zur Erreichung des allgemeinen Zweckes des Unternehmens notwendig ſind, nicht aber ſolche, welche beſonderen Privatintereſſen des Unternehmers dienen. Was in die eine oder andere Kategorie fällt, wird freilich vielfach zweifelhaft ſein, dieſe Zweifel können nicht im Geſetz, ſondern nur durch die ſorgfältigen und gewiſſenhaften Erwägungen der Enteignungsbehörde im einzelnen Falle gelöſt werden“ [1]). Stellt man ſich auf dieſen Standpunkt und erwägt man, daß zumal in einer ſo gewerbreichen Stadt, wie Heilbronn, eine zweckmäßige Bahnhofanlage den thunlichſt erleichterten Verkehr mit benachbarten großen Gewerbebetrieben vorausſetzt, welche in hervorragendem Maße auf die Benützung der Eiſenbahn angewieſen ſind und daher derſelben erhebliche Einnahmen zuführen; daß ferner, wie in den Gründen der Entſcheidung der Enteignungsbehörde überzeugend ausgeführt iſt, ein von der K.'ſchen Fabrik zur Verbindung mit dem Anſchlußgleiſe anzulegendes Privatgleis von der Eiſenbahnverwaltung und anderen Intereſſenten unter Umſtänden mitbenützt werden kann; daß insbeſondere durch ein ſolches Anſchlußgleis der Eiſenbahnverwaltung auf dem im Raume nach den örtlichen Verhältniſſen bei geſteigertem Verkehre beſchränkten Bahnhofe die ſonſt erforderlichen Abſtellgleiſe für die K.'ſche Fabrik erſpart werden, ſo iſt der Nachweis als erbracht anzuſehen, daß das von dem Beſchwerdeführer beanſtandete Anſchlußgleis zu den von allgemeinen Verkehrsintereſſen geforderten Nebenanlagen im Sinne des Art. 5 Ziff. 1 des Zwangsenteignungsgeſetzes gehört, woraus ſich

[1]) Vergl. Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten von 1886 bis 1888, I. Beil. Bd., 2. Abteilung S. 646.

ergibt, daß die Enteignungsbehörde in ihrer Entscheidung vom 16. Mai 1899 mit Recht dem Beschwerdeführer die Verpflichtung auferlegt hat, die zur Anlage dieses Anschlußgleises erforderliche in seinem Eigentum befindliche Grundfläche an die K. Eisenbahnverwaltung abzutreten.

Mit dieser Auffassung ist sehr wohl vereinbar, daß die Anlage dieses Anschlußgleises zugleich den Privatinteressen der K.'schen Fabrik dient, und daß daher diese Fabrik mit Rücksicht auf dieses Gleis einen erheblichen Beitrag zu den Kosten der Grunderwerbung übernommen hat.

Beschluß vom 12. Juli 1899 in der Beschwerdesache Sch.

2.

Zu Art. 12 Abs. 2 des Gesetzes vom 23. Juli 1877 über Besteuerungsrechte der Amtskörperschaften und Gemeinden und zu Art. 98 Abs. 5 des Gesetzes vom 28. April 1873, betreffend die Grund-, Gebäude- und Gewerbesteuer. (Nachträgliche Richtigstellung des Staatssteuerkapitals zu Gunsten der Steuerpflichtigen im Wege der Ausübung der Dienstaufsicht. Wirkung auf die Gemeindesteuer?)

In der Berufungssache der N. Lebensversicherungsbank, Aktiengesellschaft in N. Beklagten, Berufungsklägerin, gegen die Stadtgemeinde St. Klägerin, Berufungsbeklagte, Forderung von Gemeindegewerbesteuer betreffend, erkannte der Verwaltungsgerichtshof unter Abänderung des Urteils der K. Regierung des Neckarkreises vom 17. Dezember 1898 auf Abweisung der Klage.

Der Sachverhalt ergiebt sich aus den

Gründen:

1) Es kann dahingestellt bleiben, ob das Gesetz vom 28. April 1873, betreffend die Grund-, Gebäude- und Gewerbesteuer, gegen die Versäumung der in Art. 98 Abs. 4 verb. mit Art. 97 und 61 festgesetzten Beschwerdeausschlußfrist den Rechtsbehelf der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand überhaupt gewährt, und ob das K. Steuerkolle-

gium, Abteilung für direkte Steuern, unter den vorhandenen Umſtänden dem Antrag der Beklagten um nachträgliche Ermäßigung der Steuerkapitale in der Form der — von der Beklagten nicht nachgeſuchten — Wiedereinſetzung in den vorigen Stand gegen die Verſäumung der Beſchwerdefriſt insbeſondere noch am 8. Dezember 1897, nachdem inzwiſchen die Gemeindeſteuerumlage vollzogen und der Beklagten der Steuerzettel übergeben war, eine willfährige Folge geben konnte. Denn jedenfalls konnte, inſoweit es ſich bei dem hier in Frage ſtehenden zugleich ſtaats- und gemeindeſteuerpflichtigen Gegenſtande der Beſteuerung zunächſt um das Beſteuerungsrecht des Staates handelt, die von der Beklagten nachgeſuchte Abhilfe von dem Steuerkollegium in Ausübung ſeiner Dienſtaufſicht und von Amtswegen (ohne Wiedereinſetzung in den vorigen Stand) gewährt werden. Kraft ſeiner Dienſtaufſicht konnte das Steuerkollegium das Steuerkommiſſariat für den Stadtdirektionsbezirk St. mit Ermittelungen behufs Richtigſtellung des Steuerkapitals der Beklagten beauftragen und auf Grund dieſer Ermittelungen die Richtigſtellung zu Gunſten der Beklagten von Amtswegen noch mit Wirkung für den Zeitraum, für welchen die Einſchätzung geſchehen war, verfügen. Die Vorſchrift des Art. 98 Abſ. 5 des Geſetzes vom 28. April 1873 ſteht einer ſolchen nachträglichen Richtigſtellung des Kataſters innerhalb des Steuerjahres zu Gunſten des Steuerpflichtigen, wiewohl er ſie ſelbſtverſtändlich nicht beanſpruchen kann, nicht entgegen. Im übrigen beſteht in dem Verhältnis des Steuerpflichtigen zu dem Beſteuerungsrechte des Staats nicht die von der Klägerin behauptete Rechtskraft des Steuerkapitals. Der Ablauf der Beſchwerdefriſt hat nur die Bedeutung, daß der Steuerpflichtige des Rechts der Beſchwerdeführung verluſtig geht.

2) Eine weitere Frage iſt aber, ob die nachträglich verfügte Richtigſtellung des Steuerkapitals eine Wirkung auch auf das Beſteuerungsrecht der klägeriſchen Stadtgemeinde überhaupt und insbeſondere trotz des Um-

stands haben konnte, daß zur Zeit der Verfügung des Steuerkollegiums die Gemeindeschadensumlage in St. bereits vollzogen und der Beklagten der Steuerzettel mit der Angabe der Faktoren für die Berechnung ihrer Steuerschuld an den Staat und an die Gemeinde behändigt, also das Steuereinschätzungsverfahren jedenfalls beendigt war. Denn die nachträgliche Ermäßigung des hienach zu berechnenden Gemeindesteuerbetrags ist mit der nachträglichen Ermäßigung des Staatssteuerbetrags nicht untrennbar verbunden.

Nun kann nach dem geltenden Recht von der Klägerin in dem gegen die Beklagte nach Art. 10 Ziff. 7 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege vom 16. Dezemb. 1876 anhängig gemachten verwaltungsgerichtlichen Verfahren die von dem Steuerkollegium zu Gunsten der Beklagten verfügte Richtigstellung der Steuerkapitale nicht mit Erfolg angefochten werden. Es sind nämlich in Ansehung der zugleich staats- und kommunalsteuerpflichtigen Gegenstände durch das Gesetz vom 28. April 1873 und das Gesetz vom 23. Juli 1877 über Besteuerungsrechte der Amtskörperschaften und Gemeinden, was die Einräumung der zur Herbeiführung einer den gesetzlichen Vorschriften entsprechenden Einschätzung dienlichen Rechtsmittel anbelangt, die Steuerpflichtigen einerseits und die Amtskorporationen und Gemeinden andererseits nicht gleichgestellt. Während bei nur amts- und gemeindesteuerpflichtigen Gegenständen der Besteuerung die festgestellten Steueranschläge nicht bloß den Steuerpflichtigen, sondern auch dem Amtsversammlungsausschuß und dem Gemeinderat zu eröffnen sind und auch diesen das Recht der Beschwerde an das Steuerkollegium in der durch zwei von dem Ministerium des Innern beigegebene Mitglieder verstärkten Zusammensetzung und das Recht der weiteren Beschwerde an das K. Ministerium des Innern zusteht (Artikel 9, 11 des Gesetzes vom 23. Juli 1877), ist bei den zugleich staatssteuerpflichtigen Gegenständen nur den Steuerpflichtigen das Recht der Beschwerde an das Steuerkollegium und der weiteren Beschwerde an das K. Finanzministerium beigelegt, abgesehen von einer nur bei

der Grundsteuer in Betracht kommenden untergeordneten Ausnahme. Hätte im vorliegenden Falle die Beklagte schon im Einschätzungsverfahren Beschwerde an das Steuerkollegium erhoben, und wäre derselben von dem Steuerkollegium stattgegeben worden, so hätte hiegegen die Klägerin ihrerseits eine Beschwerde an das K. Finanzministerium nicht erheben können. Es kann deshalb für den zugleich staats- und kommunalsteuerpflichtigen Gewerbebetrieb der Beklagten auch nicht angenommen werden, daß schon daraus, daß die Beklagte durch Versäumung der Beschwerdefrist ihres Beschwerderechts verlustig geworden war, eine Rechtskraft des Steuerkapitals, wie sie die Klägerin behauptet, im Verhältnis zwischen der steuerpflichtigen Beklagten und dem Besteuerungsrecht der Klägerin entstanden und der Klägerin ein Rechtsanspruch darauf, daß es bei dem ursprünglich festgesetzten Steuerkapital verbleibe, erwachsen sei.

3) Die Klägerin behauptet nicht, daß die von dem Steuerkollegium verfügte Ermäßigung der Steuerkapitale hinsichtlich des nunmehr zu berechnenden Steuer*betrags* den gesetzlichen Vorschriften über die Veranlagung der Beklagten zur Gewerbesteuer nicht entspreche. Die Klägerin wäre zwar, wenn die nachträgliche Berichtigung der Steuerkapitale unterblieben wäre, mit Hilfe der Bestimmung des Art. 12 Abs. 2. des Gesetzes vom 23. Juli 1877, wornach hinsichtlich der zugleich staats- und gemeindesteuerpflichtigen Gegenstände die für die Staatsbesteuerung angelegten Kataster die Grundlage für die Kommunalbesteuerung bilden, in der Lage gewesen, einen *höheren* Steuerbetrag zu erheben, als die Beklagte ihr bei richtiger Anwendung der bei der Einschätzung zu befolgenden gesetzlichen Vorschriften zu entrichten schuldig gewesen wäre. Allein in ihrem wirklichen Besteuerungsrecht wird die Klägerin dadurch nicht beeinträchtigt, daß ihr diese Möglichkeit entzogen wurde.

4) Aus diesem Grunde gelangt der Verwaltungsgerichtshof dazu, unter Abänderung des unterrichterlichen Urteils die Klage abzuweisen und die Klägerin zur Tragung der Kosten

und Sporteln beider Instanzen zu verurteilen.

Der Verwaltungsgerichtshof läßt hiebei die Frage dahingestellt, ob die Klägerin eine nachträgliche Ermäßigung der Steuerkapitale, wie sie das Steuerkollegium in Ausübung der Dienstaufsicht (unter welchem rechtlichen Gesichtspunkte seine Verfügung aufrecht erhalten werden will) zu Gunsten der Beklagten nach vollzogener Gemeindesteuerumlage und Behändigung des Steuerzettels verfügt hat, auch in dem Falle ohne weiteres gegen sich gelten zu lassen hätte, wenn von der Klägerin behauptet und wenn dargethan wäre, daß die nachträgliche Herabsetzung der Steuerkapitale in ihrem Betrage unrichtig d. h. in einer das wirkliche Besteuerungsrecht der Klägerin benachteiligenden Weise erfolgt sei, denn im vorliegenden Fall handelt es sich um Berichtigung einer die Beklagte zu Unrecht belastenden Einschätzung ohne Beeinträchtigung des der Klägerin zustehenden Besteuerungsrechtes und in einem solchen Fall kann, obwohl zur Zeit der Verfügung des Steuerkollegiums die Gemeindesteuerumlage vollzogen und die Steuerzettet behändigt, also das Steuereinschätzungsverfahren beendigt war, von der Klägerin auf Grund der ursprünglichen Einschätzung ein Rechtsanspruch gegen die Beklagte auf Bezahlung der eingeklagten 255 Mk. 7 Pfg. weiterer Gemeindesteuer jedenfalls nicht mit Erfolg erhoben werden.

Urteil vom $\frac{17.}{24.}$ Januar 1900 in der Berufungssache der Nürnberger Lebensversicherungsbank in Nürnberg gegen die Stadtgemeinde Stuttgart.

3.

Zu Art. 6 und 12 Abs. 2 des Gesetzes vom 23. Juli 1877 über Besteuerungsrechte der Amtskörperschaften und Gemeinden und zu § 3 des Reichsgesetzes vom 13. Mai 1870 wegen Beseitigung der Doppelbesteuerung. (Wirkung der nachträglichen Ermäßigung des Staatssteuerkatasters auf die Gemeindesteuer? Unterbrechung der Verjährung.)

In der Berufungssache der W. H., Aktiengesellschaft in

St., Klägerin, Berufsklägerin, gegen die Stadtgemeinde St., Beklagte, Berufsbeklagte, Rückforderung von Gemeindegewerbesteuer betreffend, erkannte der Verwaltungsgerichtshof unter Abänderung des Urteils der K. Regierung für den Neckarkreis vom 8. Oktober 1898, daß die Beklagte schuldig sei, an die Klägerin die von ihr für die Jahre 1892/96 zu viel bezahlte Gemeindegewerbesteuer im Betrag von . . . zurückzuerstatten.

Der Sachverhalt ergiebt sich aus den

Gründen:

1) Die Klägerin stützt ihren Anspruch auf Zurückerstattung der in den 4 Steuerjahren 1892 bis 1896 zu viel bezahlten Gemeindegewerbesteuer auf die durch die Verfügung des K. Finanzministeriums vom 15./17. Januar 1896 — mit Wirkung vom 1. April 1892 ab — angeordnete Revision des Gewerbesteuerkatasters, wodurch das bisherige Steuerkapital von 66 473 Mk. auf den Betrag von 30 495 Mk. deshalb ermäßigt worden ist, weil die Klägerin auch in Preußen mit ihrem zum Teil daselbst stattfindenden Gewerbebetrieb zur Einkommensteuer und — bezw. in den Jahren 1893/94 und 1894/95 — zur Gewerbesteuer für den Staat herangezogen worden ist.

Der Unterrichter hält diese nachträgliche Herabsetzung des Steuerkapitals für nicht begründet, weil nach den die Behandlung der Veränderungen bei dem Gewerbekataster regelnden Bestimmungen des Art. 98 Abs. 3 und 5 des Gesetzes vom 28. April 1873, betreffend die Grund-, Gebäude- und Gewerbesteuer, die Berichtigung des Steuerkatasters, auch wenn die Thatsachen, durch welche sie herbeigeführt wird, schon im vorhergegangenen Steuerjahre eingetreten seien, nicht mit Rückwirkung, sondern erst für dasjenige Steuerjahr wirksam werde, auf dessen Beginn die Berichtigung stattgefunden habe. Der Unterrichter spricht deshalb der Herabsetzung jede Einwirkung auf die Steuerforderung der Beklagten in der weiteren Erwägung ab, daß, auch wenn die Rückvergütung der Staatssteuer auf Grund des Reichsgesetzes wegen

Beseitigung der Doppelbesteuerung vom 13. Mai 1870 hätte erfolgen müssen, dadurch die Gemeinde in ihrem Steuerrechte nicht berührt werde, da diesem Gesetze eine unmittelbare Einwirkung auf die Gemeindebesteuerung nicht zukomme.

Mit Recht beschwert sich die Klägerin in der Berufung über diese unvollständige Würdigung sowohl der Wirkungen des Doppelbesteuerungsgesetzes, als des zwischen der Staats- und der Kommunalbesteuerung bestehenden Verhältnisses. Nach § 3 des Reichsgesetzes darf der Betrieb eines Gewerbes sowie das aus dieser Quelle herrührende Einkommen nur von demjenigen Bundesstaate besteuert werden, in welchem das Gewerbe betrieben wird. Damit ist jedem anderen Bundesstaate untersagt, in dieses ausschließliche Besteuerungsrecht durch irgend eine Art der direkten Besteuerung ganz oder teilweise, unmittelbar oder mittelbar einzugreifen [1]). Und dasselbe gilt, wenn der Gewerbebetrieb eines Unternehmers nicht nur in seinem Wohnsitz- oder Sitzstaate, sondern zum Teil auch in einem anderen Bundesstaate sich vollzieht. Jedem der beteiligten Staaten steht das ausschließliche Besteuerungsrecht, aber natürlich nur insoweit zu, als der Betrieb des Gewerbes in seinem Gebiet stattfindet [2]).

Wenn daher von Anfang an die immerhin nicht einfach zu lösende Frage außer Zweifel gestellt gewesen wäre, daß ein Teil des Gewerbebetriebs der Klägerin auch in Preußen stattfindet, so hätte sich die württembergische Staatssteuerverwaltung insoweit, als der Gewerbeertrag oder das gewerbliche Einkommen aus diesem Teilbetriebe herrührt, jeder Art von direkter Besteuerung selbst dann enthalten müssen, wenn Preußen von seinem Besteuerungsrecht auf Grund seines Einkommensteuergesetzes vom 24. Juni 1891 bezw. seines Gewerbesteuergesetzes von demselben Tage keinen Gebrauch

[1]) RGE. in Civ.-S. XXX. S. 26., Clauß in Schanz Finanzarchiv 1888 I S. 178 N. 1.

[2]) RGE. in Civ.-S. XV. S. 31, 32 vergl. Entsch. des preuß. Oberverwaltungsgerichts I. S. 60, VI. S. 28, Entsch. in Staatssteuers. I. S. 106, 372, III. S. 136, 140, vergl. I. S. 405, II. S. 127.

gemacht hätte [1]). Nachdem aber die württ. Staatsſteuerverwaltung den Gewerbebetrieb der Klägerin inſolange, bis über die Thatſache des Beſtehens des Teilbetriebs und der Beſteuerung desſelben in Preußen kein Zweifel mehr beſtehen konnte, im vollen Umfang und ohne Rückſicht auf den Teilbetrieb in Preußen der Gewerbeſteuer unterworfen hatte, war das K. Finanzminiſterium durch den § 3 des Doppelbeſteuerungsgeſetzes zu der Anordnung der Reviſion, welche die Ermäßigung des Steuerkapitals zur Folge hatte, und zwar mit ſo weit rückwärts gehender Wirkung — vorbehältlich der Verjährung des Zurückforderungsrechts —, als dem § 3 zuwider zuviel Staatsſteuer erhoben worden iſt, geradezu genötigt. Der reichsgeſetzlichen Vorſchrift als einer den Landesgeſetzen vorhergehenden, zwingenden und unmittelbar anzuwendenden Rechtsnorm gegenüber konnte die landesrechtliche Beſtimmung des Art. 98 des Geſetzes vom 28. April 1873 ein Hindernis um ſo weniger bilden, als auf dem Anwendungsgebiet des Doppelbeſteuerungsgeſetzes nicht allein das landesrechtliche Beſchwerderecht den dem Steuerpflichtigen dienlichen Rechtsbehelf bildet, ſondern es auch zur Entſcheidung des Bundesrats ſteht, ob er nach Art. 7 Ziff. 3 der Reichsverfaſſung einem Anrufen des die Verletzung des Reichsgeſetzes behauptenden Steuerpflichtigen eine Folge geben will. Da ſodann über die Richtigkeit der nachträglichen Feſtſtellung des Steuerkapitals ein Streit nicht beſteht, ſo iſt das nachträglich ermäßigte Steuerkapital unbedenklich auch für die Gemeindebeſteuerung als maßgebend anzuerkennen, wenngleich das Doppelbeſteuerungsgeſetz auf Gemeindeſteuern ſich nicht bezieht. Der Amtskörperſchaft und der Gemeinde ſteht bei der ſtaatlichen Veranlagung der ſtaats- und kommunalſteuerpflichtigen Gegenſtände — und ein ſolcher Gegenſtand ſteht hier in Frage — weder ein Mitwirkungsrecht noch — von einem hier nicht in Betracht kommenden untergeordneten Punkte abgeſehen (Geſ. vom 28. April 1873 Art. 62, 67, 74) —

[1]) Clauß a. a. O. S. 155, 156; Fuiſting, preuß. Einkommenſteuergeſetz 4. Aufl. zu § 1 Anm. 3 lit. c.

ein Beschwerderecht zu, und die Kommunalbesteuerung ist nicht in der Art selbständig, daß es für ihre Zwecke, obwohl sich die höchste Staatsfinanzbehörde zu einer Herabsetzung des der Staatssteuer zu Grunde liegenden Steuerkapitals behufs Beseitigung der vorgekommenen Doppelbesteuerung genötigt gesehen hat, bei dem ursprünglich höheren Steuerkapital hätte verbleiben und so die Klägerin hätte gezwungen sein müssen, an die Beklagte einen höheren Steuerbetrag zu leisten, als sie zu leisten gehabt hätte, wenn von Anfang an bei der Feststellung des Steuerkapitals die Bestimmungen des Doppelbesteuerungsgesetzes in Betracht gezogen worden wären.

Ohne Grund erhebt insbesondere die Beklagte die Einwendung, daß die Klägerin nach dem hiefür maßgebenden Landesrecht wegen Versäumung der Ausschlußfristen für das Beschwerderecht der Geltendmachung ihrer Einwendungen gegen die Festsetzung des Steuerkapitals verlustig geworden sei; die Klägerin hätte sich, als sie in Württemberg zur Gewerbesteuer eingeschätzt wurde, darüber schlüssig machen müssen, ob sie mit ihrem gesamten Gewerbebetriebe oder wegen des in Preußen stattfindenden Teilbetriebs nur mit einem Teil ihres Gewerbebetriebs in Württemberg gewerbesteuerpflichtig sei, und wenn sie sich bei der Schwierigkeit der Frage nicht definitiv hätte entscheiden wollen, ihr Recht auf Herabsetzung des Steuerkapitals wenigstens durch eine Reklamation für den Fall ihrer Heranziehung zur Steuer in Preußen innerhalb der Ausschlußfristen wahren sollen. Indessen wird in Folge der Versäumung der Ausschlußfristen das festgesetzte Steuerkapital nur für den Gewerbeunternehmer selbst landesrechtlich unanfechtbar; aber die von der Beklagten behauptete Rechtskraft des Steuerkapitals im Verhältnis des Steuerpflichtigen zu dem Besteuerungsrechte des Staats und der Gemeinde besteht nicht und steht daher einer nachträglichen Berichtigung der dem Doppelbesteuerungsgesetz widerstreitenden Veranlagung nicht im Wege.

2) Die Beklagte macht weiter die Einwendung geltend,

daß nach Art. 12 Abs. 3 des Gesetzes vom 28. April 1873 und nach Art. 6 des Gesetzes vom 23. Juli 1877 über Besteuerungsrechte der Amtskörperschaften und Gemeinden das Recht der Rückforderung der Gemeindesteuern für 1892/93 und 1893/94 ganz und der Gemeindesteuer für 1894/95 für den Betrag von 957 Mk. 31 Pfg. verjährt sei, weil die Klägerin ihren Eingaben an das K. Finanzministerium vom 18. Februar und 21. Juni 1895 nur die Kapitaleinkommenssteuer, nicht aber die Gewerbesteuer zurückgefordert habe und erst am 12. Oktober 1897 die Zuschrift der Klägerin an das Stadtschultheißenamt, worin sie um Rückzahlung der Gemeindegewerbesteuer bat, eingekommen, die Zahlung der Gewerbesteuer für 1892/93 und 1893/94, sowie des Betrags von 957 Mk. 31 Pfg. an der Steuer für 1894/95 aber vor dem 12. Oktober 1894 erfolgt sei. Die Beklagte machte auch, wie in der späteren Erklärung vom 25./28. September 1898, in der mündlichen Verhandlung weiter geltend: die Klägerin nehme selbst den Standpunkt ein, daß die Verjährung der Steuerrückforderung rechtswirksam überhaupt nicht durch Anbringung bei einer Gemeindebehörde, sondern nur durch Anmeldung bei dem Bezirkssteueramt (bei einer Staatsbehörde) unterbrochen werden könne; diese Anmeldung sei aber bisher nicht erfolgt, und es wäre daher nicht nur die Rückforderung der vor dem 12. Oktober 1894 erfolgten Zahlungen, sondern auch diejenigen der Zahlungen, die zwischen dem 12. Oktober 1894 und dem 8. Oktober 1895 geleistet worden seien, verjährt. Es unterliegt jedoch keinem Zweifel und die Beklagte räumt dies selbst ein, daß, als die Klägerin ihre Eingaben vom 18. Februar und 21. Juni 1895 an das K. Finanzministerium richtete, die Zurückforderung der Gemeindesteuer mit der Rückforderung der Staatssteuer in Verbindung stand. Solange diese Verbindung dauerte, konnte sich eine selbständige, von der Verjährung des Zurückforderungsrechts gegenüber dem Staat unabhängige Verjährung des Rechts auf Zurückforderung der zu viel bezahlten Gemeindesteuern nicht verwirklichen.

Nachdem die oberste Staatssteuerbehörde in dem Bescheide vom 15./17. Januar 1896 das Rückforderungsrecht der Klägerin an sich als begründet anerkannt und die Revision der Veranlagung zur Gewerbesteuer mit Wirkung vom 1. April 1892 an angeordnet hat, kann die Beklagte diese Anordnung ihrer Wirksamkeit dadurch nicht teilweise entkleiden, daß sie im Widerspruch mit der Entschließung der Staatsbehörde, welche die Rückforderung als rechtzeitig angebracht ansah und eine etwaige bis zur Erlassung ihres Bescheides eingetretene Verjährung unberücksichtigt ließ, von der Verjährungseinrede Gebrauch macht. Uebrigens kann bei richtiger Würdigung der Sachlage schon in der Einreichung der Eingabe vom 21. Juni 1895 eine Unterbrechung der Verjährung auch in Bezug auf die Zurückforderung der Gewerbesteuer gefunden werden. Die Klägerin stellt in dieser Eingabe das Gesuch um Rückerstattung der zuvielbezahlten Steuern. Wenn nun auch hiebei als Zweck der Eingabe die Wahrung des Rechts der Klägerin gegen eintretende Verjährung gemäß Art. 13 des Gesetzes vom 19. September 1852 genannt ist, so darf doch angenommen werden, daß die Klägerin sich ihre Rechtszuständigkeiten in Bezug auf alle Rückerstattungsansprüche wahren wollte, zu deren Geltendmachung die von der Klägerin in ihrer Eingabe vom 18. Februar 1895 bei dem K. Finanzministerium erbetene Revision der Besteuerung ihres Gewerbebetriebs Anlaß geben würde. Es ist überhaupt davon auszugehen, daß es der Klägerin bei ihren Eingaben nicht sowohl um die Rückforderung einer bestimmten Art von Steuer, als vielmehr um die Rückforderung des Teilbetrages derjenigen Steuer, gleichviel welchen Namens, zu thun war, welche in Württemberg von ihrem gewerblichen Einkommen (als welches an und für sich auch die Zinsen aus den zum gewerblichen Betriebskapital gehörenden Hypothekenforderungen, obwohl sie bei der dermaligen Gestaltung des württembergischen Steuerwesens der Kapitalsteuer unterliegen, anzusehen sind), ohne Rücksicht auf den in Preußen zur Steuer veranlagten Teilbetrieb dem § 3 des

Doppelbesteuerungsgesetzes zuwider erhoben worden war.

Von dieser Auffassung ist augenscheinlich das K. Finanzministerium ausgegangen, indem es zwar die Rückerstattung der Kapitalsteuer abgelehnt, aber die Revision des Gewerbekatasters mit Rückwirkung vom 1. April 1892 angeordnet hat.

Urteil vom $\frac{17.}{24.}$ Januar 1900 in der BS. der württembergischen Hypothekenbank in Stuttgart gegen die Stadtgemeinde Stuttgart.

4.

Der Art. 88 Abs. 1 der Bauordnung bezieht sich auch auf die bloß anzeigepflichtigen Bauwesen im Sinne des Artikel 78 derselben.

Mit Eingabe vom 16. November 1897 erstattete die St. städtische Latrinen-Inspektion im Auftrage der Bauabteilung des Gemeinderats St. dem Gemeinderat Z. unter Vorlegung von Plänen Anzeige wegen der Erbaunng von Sammelgruben für Fäkaldünger auf den von der Stadtgemeinde St. erworbenen Parzellen im Gewande Seewiesen der Markung Z. unweit der Markungsgrenze zwischen den Gemeinden Z. und F.

Gegen diese Anlage machte sich sofort hauptsächlich aus sanitären Gründen unter der Leitung der beiden in der Nähe begüterten Fabrikbesitzer K. und Dr. Sch. Widerspruch geltend; eine vom 9. November 1897 datierte Eingabe gegen das Bauvorhaben fand zahlreiche Unterschriften; eine Erörterung in der am 13. November 1897 ausgegebenen Nr. 140 des Anzeigers für Z. und Umgegend wies auf die Gefährlichkeit der Anlage für die Umgebung hin. Der Gemeinderat Z. beschloß in der Sitzung vom 19. November 1897, das für Herstellung der Fäkalgruben in Aussicht genommene Terrain zu besichtigen und vorläufig aus sanitären Bedenken gegen die Ausführung des Projekts zu protestieren, ohne jedoch diesen Beschluß dem Gemeinderat St. oder der dortigen Latrinen-In-

spektion mitzuteilen. Mit Schriftsatz vom 22. Dezember 1897 reichte Fabrikbesitzer Sch. in F. als Vertreter zahlreicher Einwohner von Z. und F. einen förmlichen Protest gegen das Bauvorhaben beim Schultheißenamt Z. ein und am folgenden Tage schloß sich der Gemeinderat F. diesem Proteste an. Am 10. Februar 1898 befaßte sich der Gemeinderat Z. wieder mit dem Bauvorhaben der Stadtgemeinde St. und den dagegen erhobenen Einwendungen und beschloß, den Protest gegen die Anlage aus sanitären Gründen zu erneuern und zur Vermeidung von Weiterungen die Vertretung der Stadt St. zu ersuchen, von der Wahl des in Aussicht genommenen Platzes abzusehen, auch der Gemeindevertretung St.s Protokollauszug zuzusenden. Gegen diesen Beschluß wurde vorsorglich für den Fall, daß er als baupolizeiliches Verbot anzusehen wäre, vom Gemeinderat St. die Rekursbeschwerde erhoben und mit Schriftsatz vom 22. März 1898 ausgeführt. Jedoch wurde das Schultheißenamt Z. vom K. Oberamt L. mit Erlaß vom 29. Juni 1898 angewiesen, in der Sache eine definitive Entscheidung zu treffen und diese der Stadtgemeinde St. und den Einsprache erhebenden Personen zu eröffnen, worauf der Gemeinderat Z. am 27. April 1899 den Beschluß faßte, die Erstellung der von der Stadtgemeinde St. projektierten Fäkalgruben aus sanitären Gründen nicht zuzulassen und hievon den Gemeinderat St. und den Fabrikanten Sch. in F. als den Vertreter der Einsprache erhebenden Personen zu benachrichtigen.

Mit Erlaß vom 27. Juni 1899 hat das Oberamt L. dem Stadtschultheißenamt St. zu erkennen gegeben, daß in dem Beschluß des Gemeinderats Z. vom 10. Februar 1898 ein baupolizeiliches Erkenntnis im Sinne des Art. 79 der Bauordnung und des Art. 79 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege vom 16. Dezember 1876 nicht gefunden werde und daher die dagegen erhobene Rekursbeschwerde gegenstandslos erscheine. Als hierauf das Stadtschultheißenamt St. dem Oberamt erklärte, daß nun die Ausführung der Gruben erfolgen werde, nachdem das bloß anzeigepflichtige Bauwesen innerhalb der gesetzlichen Frist nicht

untersagt worden sei, wurde ihm vom Oberamt am 15. Juli 1899 erwidert, daß dieses die geplanten Fäkalgruben nicht als ein nach Art. 78 der Bauordnung anzeigepflichtiges, sondern als ein nach Art. 79 der Bauordnung genehmigungspflichtiges Bauwesen betrachte, was zur Folge hatte, daß das Stadtschultheißenamt St. am 29. Juli 1899 gegen diese Entscheidung des Oberamts Beschwerde erhob und zugleich gegen den Beschluß des Gemeinderats Z. vom 27. April 1899 für den Fall, daß er ein ordnungsmäßiges baupolizeiliches Erkenntnis enthalte, nachträglich unter Inanspruchnahme der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Frist den Rekurs einlegte. Das K. Ministerium des Innern hat mit Erlaß vom 13. Oktober 1899 der Beschwerde gegen die Verfügung des Oberamts vom 15. Juli dess. Js. stattgegeben und diese Verfügung außer Kraft gesetzt, zugleich aber angeordnet, daß die Gemeindebehörde von Z. über das Bauvorhaben der Stadtgemeinde St. nach Durchführung des in Art. 86 der Bauordnung vorgeschriebenen Verfahrens die erforderliche Verfügung zu treffen und den Parteien von der getroffenen Verfügung Eröffnung zu machen habe. Hiebei ist das Ministerium von folgenden Erwägungen ausgegangen: Die geplante Sammelgrube erscheine als ein abseits von Straßen und Baulinien liegendes Bauwesen, das somit nach Art. 78 Abs. 1 Ziff. 5 der Bauordnung eines besonderen polizeilichen Erkenntnisses im Sinne des Art. 79 nicht bedürfe, vielmehr ein Anzeigebauwesen im Sinne des Art. 78 der Bauordnung darstelle. Da aber der Gemeinderat in Z. bei Behandlung der Bauanzeige insofern in durchaus gesetz- und ordnungswidriger Weise verfahren sei, als unter Mißachtung der Bestimmung in Art. 87 Abs. 2 der Bauordnung der Verfügung vom 27. April 1899 nicht die in Art. 86 der Bauordnung vorgeschriebene Verhandlung der Bauschau mit den beteiligten Nachbarn und die Erörterung der von einer großen Anzahl von Einwohnern von Z. und F. erhobenen Einsprachen und der vorgeschriebene Verständigungs-Versuch vorangegangen sei, und da der Umstand, daß der Gemeinde-

rat unter Außerachtlassung der Vorschriften der Art. 86 und 87 Abs. 2 der Bauordnung es versäumte, innerhalb der gesetzlichen Frist von 8 Tagen über die erhobenen Einwendungen zu erkennen oder eventuell dieses Bauwesen vorläufig zu untersagen, weder ein Recht auf Erstellung des Bauwesens erzeugen noch die Wirkung haben könne, daß die erhobenen Einwendungen nicht privatrechtlicher Natur ausgeschlossen wären, so sei das gesetzlich vorgeschriebene Verfahren nachzuholen.

Soweit das K. Ministerium des Innern eine erneute Verfügung des Gemeinderats Z. angeordnet und der Stadtgemeinde St. ein wohl erworbenes Recht auf die Ausführung des Bauwesens abgesprochen hat, ist seine Entscheidung von der Stadtgemeinde St. unter Bezugnahme auf die ihr als Eigentümerin der fraglichen Grundstücke gemäß Art. 1 der Bauordnung zustehende Bauberechtigung und unter Berufung darauf, daß sie durch Nichtuntersagung des ordnungsmäßig angezeigten Bauwesens innerhalb der achttägigen Frist des Art. 87 Abs. 2 der Bauordnung ein unentziehbares Recht auf dessen Ausführung erlangt habe, mit der Rechtsbeschwerde an den Verwaltungsgerichtshof angefochten worden.

Der Verwaltungsgerichtshof hat die Rechtsbeschwerde als unbegründet abgewiesen.

Gründe:

Mit dem Beschwerdeführer und dem K. Ministerium des Innern ist davon auszugehen, daß das fragliche Bauvorhaben nach seiner Beschaffenheit und Lage sich als ein bloß anzeigepflichtiges Bauwesen darstellt. Für solche Bauwesen gibt die Bauordnung folgende Verfahrensvorschriften: Das Bauwesen muß acht Tage vor dem Beginn der Ausführung unter Angabe des etwa damit beauftragten Baumeisters oder Bauhandwerkers der Polizeibehörde angezeigt werden, bedarf aber keiner ausdrücklichen polizeilichen Genehmigung, sondern kann unter Beobachtung der bestehenden polizeilichen Vorschriften hergestellt werden, wenn dem Bauluftigen das Bauwesen nicht innerhalb des bezeichneten

Termins untersagt wird (Art. 78). Für die etwa erforderliche polizeiliche Verfügung sind die Gemeindebehörden zuständig (Art. 79 Abs. 1). Der Bauluſtige hat von seinem Vorhaben der Ortspolizeibehörde Anzeige zu machen und insoweit als zur Beurteilung des Bauvorhabens Bauzeichnungen und Situationspläne nötig sind, solche in doppelter Ausfertigung zu übergeben, auch da, wo derselbe einen Neubau in der Nähe seiner Eigentumsgrenze beabsichtigt, die Grundform desselben durch ausgesteckte Pfähle oder Bretter an Ort und Stelle darzustellen; die in Art. 78 bestimmte Frist beginnt erst mit erfolgter Uebergabe der nötigen Bauzeichnungen und Situationspläne (Art. 85). Ueber das Bauwesen hat sich die Ortsbauschau gutächtlich zu äußern, nachdem sie zuvor nötigenfalls die Baustelle besichtigt und sämtliche beteiligte Nachbarn und Behörden vernommen, auch die gegen das Bauvorhaben etwa vorgebrachten oder von Amtswegen zu machenden Einwendungen und Erinnerungen erörtert, und eine Verständigung der Beteiligten versucht hat (Art. 86). Waltet bei dem Bauwesen nach der Ansicht des Ortsvorstehers und der Bauschau kein Anstand vor, so ist hierüber amtliche Vormerkung zu machen, ohne daß es einer besonderen Eröffnung an den Bauluſtigen bedarf. Unterliegt aber das Bauwesen einem Anstand, so ist dem Bauluſtigen die Ausführung desselben dann vorläufig zu untersagen, wenn die erforderliche Verfügung nicht binnen der gesetzlichen achttägigen Frist erfolgen kann (Art. 87). Einwendungen nicht privatrechtlicher Natur von Seite der beteiligten Nachbarn und Behörden sind, wenn diesen ordnungsmäßig (Art. 86) Gelegenheit zur Wahrung ihrer Rechte und Interessen gegeben war, ausgeschlossen, sobald das betreffende Bauwesen endgiltig gestattet worden ist (Art. 88 Abs. 1).

Im vorliegenden Falle nun war es in der Zeit vom 16. bis 19. November 1897, in welcher die Bauanzeige der Stadtgemeinde St. einkam, dem Ortsvorsteher und der Bauschau in Z. bekannt, daß zahlreiche Einwohner von Z. und F., darunter insbesondere die als Nachbarn beteiligten Fabrik-

besitzer K. und Sch. gegen die Erstellung der geplanten Fäkalgruben Einwendungen erheben. Die Bauschau hätte daher sofort nach dem Einkommen der Bauanzeige gemäß Art. 86 der Bauordnung die Baustelle besichtigen, sämtliche beteiligte Nachbarn und Behörden vernehmen, die vorgebrachten Einwendungen erörtern, den Verständigungsversuch mit den Beteiligten vornehmen und die gutächtliche Aeußerung über das Bauvorhaben abgeben sollen.

Da es offenbar unmöglich war, diese Verhandlungen binnen der gesetzlichen Frist von 8 Tagen vom Einkommen der Bauanzeige an zu einem befriedigenden Ende zu führen, und da zudem der Gemeinderat in Z. am 19. November 1897 aus sanitären Bedenken einen vorläufigen Protest gegen die Ausführung der Anlage beschloß, so war das Schultheißenamt in Z. verpflichtet, innerhalb der achttägigen Frist gemäß Art. 87 Abs. 2 der Stadtgemeinde St. die Ausführung des Bauwesens vorläufig zu untersagen. In Wirklichkeit sind jedoch die bezeichneten Behörden den ihnen gesetzlich zugewiesenen Aufgaben innerhalb der vorgeschriebenen Frist nicht nachgekommen, namentlich ist der Stadtgemeinde St. innerhalb dieser Frist keinerlei Eröffnung gemacht worden. Aus diesen pflichtwidrigen Unterlassungen der zuständigen Baupolizeibehörden läßt sich jedoch die Folgerung nicht ableiten, daß nunmehr die beteiligten Nachbarn und Behörden mit ihren Einwendungen nicht privatrechtlicher Natur gegen das Bauvorhaben ausgeschlossen seien, und die Stadtgemeinde St. ein festes Recht auf die Ausführung des Bauwesens erworben habe. Da es im vorliegenden Falle an den Voraussetzungen eines geordneten Verfahrens fehlt, mußten sich schon aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen erhebliche Bedenken dagegen ergeben, an ein solches ordnungswidriges Verfahren den Ausschluß von Einwendungen der beteiligten Nachbarn zu knüpfen, welche die vorangegangenen ordnungswidrigen Versäumungen in keiner Weise verschuldet haben. Diesem Ausschluß steht aber auch die bestimmte Vorschrift des Art. 88 Abs. 1 der Bauordnung entgegen, die sich, wie das

K. Miniſterium des Innern ſchon in einer Entſcheidung vom 10. Juni 18 73 (vergl. Amtsblatt von 1877 S.184/6) angenommen hat, ſowohl nach ihrem Wortlaut als nach der Abſicht des Geſetzgebers auch auf die bloß anzeigepflichtigen Bauweſen im Sinne des Art. 78 der Bauordnung bezieht.

In den Motiven zu dem Art. 90 des Entwurfs, der dem Art. 88 des Geſetzes entſpricht, iſt in dieſer Beziehung ausgeführt: „Eine Abhilfe iſt hier durchaus geboten, und kann nur darin beſtehen, daß Bauunternehmungen mindeſtens dann gegen Anfechtungen ſichergeſtellt werden, wenn ſie einmal für zuläſſig erkannt und geſtattet worden ſind. Dieſer Zeitpunkt und nicht etwa erſt der des wirklichen Bauangriffs iſt entſcheidend, weil in der Regel ſchon vorher das Bauweſen vorbereitet, insbeſondere Akkorde vorläufig abgeſchloſſen und dieſe oft ſchon am Tage der erlangten Baubewilligung feſtgemacht werden. Vor dieſem Zeitpunkt geht alles auf Gefahr des Unternehmers, von demſelben an aber hat er ein Recht zu bauen und kann in Beziehung auf das, was er in Verfolgung ſeines Rechts gethan hat, den Schutz des Geſetzes verlangen. Dieſen Schutz gewährt der Abſ. 1 des Art. 90 (jetzt 88) und kann derſelbe umſomehr gewähren, als den Nachbarn in dem Verfahren der Bauſchau alle Gelegenheit gegeben iſt, ihre Rechte und Intereſſen rechtzeitig und vollſtändig zu wahren" (vergl. Bitzer Bauordnung S. 688). Auch bei den Verhandlungen der Ständeverſammlung über dieſen Artikel iſt der innere Zuſammenhang zwiſchen der vorgängigen Vernehmung der beteiligten Nachbarn und dem Ausſchluß ihrer Einwendungen betont worden (vergl. Bitzer a. a. O. S. 688 und 690). Innere ſachliche Gründe verlangen dringend, daß ſich der Art. 88 Abſ. 1 auch auf die Fälle des Art. 78 bezieht, in welchen das Bauweſen ſtillſchweigend durch Unterlaſſung eines Einſpruchs innerhalb der geſetzlichen Friſt zur endgiltigen Genehmigung gelangt, und zu einer Einſchränkung des Art. 88 Abſ. 1 auf die einem polizeilichen Erkenntnis unterliegenden Fälle des Artikel 79 fehlt jeder Anhaltspunkt.

Hienach hat das K. Ministerium des Innern in der Entscheidung vom 13. Oktober 1899 mit Grund angenommen, daß bei der gegebenen Sachlage der Stadtgemeinde St. ein fester Anspruch auf die Ausführung des Bauwesens nicht erwachsen, vielmehr zunächst die Nachholung des gesetzlich vorgeschriebenen Verfahrens erforderlich sei.

Urteil vom 24. Januar 1900 in der Rechtsbeschwerdesache der Stadtgemeinde St.

III.

Entſcheidung des Kompetenzgerichtshofs.

In Sachen des Bauern J. G. in Oſterholz, Gemeinde Kirchheim a. R., Oberamts Neresheim, Klägers, gegen den Bauern J. G. Th. daſelbſt, Beklagten, wegen Abwehr von Ueberfahrten über ein Feldgrundſtück, wurde auf den von dem Vertreter des Klägers geſtellten Antrag gemäß Art. 12 des Geſetzes vom 25. Auguſt 1879 von dem Kompetenzgerichtshof durch Urteil vom 15. Januar 1900 erkannt,

daß für die von dem Kläger erhobene Klage der Rechtsweg zuläſſig ſei.

Gründe:

Der auf das Eigentum des Klägers an dem Feldgrundſtück Parz. Nr. 156 der Markung Oſterholz ſich ſtützenden Klage ſteht die Behauptung des Beklagten gegenüber, daß ihm für ſeine Parzellen Nr. 169 und Nr. 170 derſelben Markung ein Ueberfahrtsrecht zu Bewirtſchaftungszwecken über Parz. Nr. 156 und daß ihm ſolches ohne die Beſchränkung auf eine beſtimmte Wegrichtung (über das Eck von Nr. 156), in welcher der Kläger dieſes Recht für die Parz. Nr. 169 anerkennt, zukomme. Dieſer Streit iſt ſachlich zu keinem Austrag gekommen, weil einerſeits die Civilkammer des K. Landgerichts Ellwangen durch ihr in der Berufungsinſtanz ergangenes Urteil vom 18. März 1898 den Rechtsweg für unzuläſſig erklärt und andererſeits der K. Verwaltungsgerichtshof in ſeinem Berufungsurteil vom 31. Mai 1899 die Unzuſtändigkeit der Verwaltungsgerichte zur Entſcheidung des Rechtsſtreits ausgeſprochen hat. Durch das Vorliegen dieſer auf

denselben Gegenstand sich beziehenden, der Anfechtung durch ein Rechtsmittel nicht unterliegenden Entscheidungen ist die Voraussetzung für die von dem Prozeßbevollmächtigten des Klägers angerufene Entscheidung des Kompetenzgerichtshofs nach Art. 12 des Gesetzes vom 25. August 1879 gegeben.

Für Streitigkeiten über den Bestand und die Ausübung von Ueberfahrten, die ein Acker- oder Wiesenbesitzer wegen des Mangels an ständigen Fahrwegen seinen Nachbarn behufs der üblichen Feldbestellungs- und Erntegeschäfte vorübergehend zu gestatten hat, ist in Art. 43 Abs. 1 des Gesetzes vom 26. März 1862 die Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden unter der Voraussetzung, daß das bestrittene Recht auf dem örtlichen Herkommen beruhe, als Regel vorgesehen, und es soll nach Absatz 2 das. die Zuständigkeit des Civilrichters nur eintreten, wenn ein besonderer privatrechtlicher Titel für das Recht in Anspruch genommen wird. Das Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege vom 16. Dezemb. 1876 hat (Art. 10 Ziffer 22) unter Hinweis auf den erwähnten Art. 43 des Gesetzes vom 26. März 1862 den Verwaltungsgerichten die Streitigkeiten betreffend den Bestand und die Ausübung von Ueberfahrtsrechten über landwirtschaftliche Grundstücke „soweit sie im öffentlichen Recht ihren Grund haben" zur Entscheidung überwiesen.

Durch das am 1. Januar d. J. in Kraft getretene B.G.B. wird die Geltung der bezeichneten landesrechtlichen Vorschriften auch dann, wenn die unter den Art. 43 cit. Abs. 1 fallenden Ueberfahrtsrechte als privatrechtliche (nachbarrechtliche) Eigentumsbeschränkungen aufgefaßt werden, nicht berührt (zu vergl. Art. 124 des Einführungsgesetzes zum B.G.B.; Bericht der Justizgesetzgebungskommission der Kammer der Standesherrn im 2. Beil. Bd. zu den Verhandlungen der genannten Kammer von 1899 S. 306).

Wenn nun mit Beziehung auf diese gesetzlichen Bestimmungen die Civilkammer angenommen hat, daß die in Frage stehende Servitut als im öffentlichen Recht begründet anzu-

ſehen ſei, weil ein beſtimmter privatrechtlicher Titel für dieſelbe nicht bezeichnet ſei, ſo kann dieſe Beurteilung nicht für zutreffend erachtet werden. Wie aus der Entſtehungsgeſchichte des Art. 43 des Geſetzes vom 26. März 1862 hervorgeht, war allerdings dem dieſer Geſetzesvorſchrift zu Grund liegenden Art. 84 des Regierungsentwurfs eine Faſſung gegeben, nach welcher Streitigkeiten über den Beſtand und die Ausübung der bezeichneten Rechte „in der Regel von den Verwaltungsbehörden erledigt werden" ſollten und die Berufung auf bloßes Herkommen nicht als Inanſpruchnahme eines beſonderen, die Zuſtändigkeit des Civilrichters begründenden Privatrechtstitels gelten ſollte. Die betreffenden Beſtimmungen des Entwurfs ſind jedoch bei der Beratung ſowohl in der Kammer der Standesherrn als in der Kammer der Abgeordneten auf Widerſpruch geſtoßen, wobei der Unterſchied zwiſchen einem allgemeinen innerhalb eines Markungsgebiets herrſchenden Herkommen und einem für und gegen einzelne Grundſtücksnachbarn beſtehenden Recht, für das der Berechtigte ſich unter Umſtänden nur noch auf das Herkommen im Sinn einer unvordenklichen Uebung berufen könne, ausdrücklich hervorgehoben und verlangt wurde, daß demjenigen, welcher einen privatrechtlichen Anſpruch dieſer Art geltend zu machen habe, die Anrufung des Herkommens als Privatrechtstitels unbenommen bleibe. Das Ergebnis der Beſchlußfaſſung der beiden Kammern war, daß der Art. 84 des Entwurfs in ſeinem Abſ. 1 durch den Satz: „ſofern die Rechte auf dem örtlichen Herkommen beruhen" eingeſchränkt, und daß die in Abſ. 3 vorgeſehene Beſchränkung, wonach das bloße Herkommen nicht als privatrechtlicher Titel betrachtet werden ſollte, beſeitigt wurde, woraus der Wortlaut des jetzigen Art. 43 des Geſetzes ſich ergeben hat[1]).

Bei der Auslegung dieſes Art. 43 iſt ſonach von dem

---

1) Vgl. Verhandlungen der Kammer der Standesherrn von 1856/61 I. und II. Prot. Bd. S. 725 ff. Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten von 1856/61 VI. Prot. Band S. 4989—95.

Begriff des örtlichen Herkommens als einer für die Markungsgenossen im weiteren oder engeren Umkreis verbindlichen Norm (eines auf die alte Ordnung des Feldbewirtschaftungssystems der Markung zurückgehenden lokalen Gewohnheitsrechts, welches für die in seinem Geltungsbereich liegenden Grundstücke Beschränkungen des Eigentums zu Gunsten benachbarter Grundstücke erzeugt hat) auszugehen. Handelt es sich darum, daß das Recht und die Last der Ueberfahrt durch ein solches örtliches Herkommen begründet ist, so soll die Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden — nach Art. 10 Ziff. 22 des Gesetzes vom 16. Dezember 1876 der Verwaltungsgerichte — Platz greifen. Wird dagegen ein dem Privatrecht angehöriger Erwerbstitel für das Recht in Anspruch genommen, was auch in der Weise geschehen kann, daß eine erwerbende Verjährung durch unvordenklichen Besitzstand unter Umständen, welche auf die ehemalige Entstehung des Rechts durch einen Privatrechtsakt hinweisen, geltend gemacht wird, so ist — den allgemeinen Rechtsgrundsätzen entsprechend — der Civilrichter zur Entscheidung des Streits berufen.

Im vorliegenden Fall ist der Beklagte der erhobenen Klage mit der Behauptung eines dinglichen Rechts, das ihm für seine Parzellen Nr. 169 und Nr. 170 gegenüber der klägerischen Parz. Nr. 156 zustehe, ohne jede Beziehung auf eine diesem Rechtsverhältnis zu Grund liegende allgemeine Norm entgegengetreten, wohl aber hat er sich zum Beweis dieses nach seiner Darstellung individuell bestehenden Rechts vor der ersten gerichtlichen Instanz auf unvordenkliche Verjährung berufen. Das Servitutenbuch, in welchem die Belastung der Parz. Nr. 156 mit dem eingeschränkten Ueberfahrtsrecht („über das Eck") zu Gunsten der Parz. Nr. 169 und einiger weiteren, den Rechtsstreit nicht berührender Parzellen eingetragen ist, enthält im Betreff des Ursprungs der aufgezeichneten Dienstbarkeiten nur die allgemeine Bemerkung, daß über die — zum größten Teil durch Observanz erwachsenen — Servituten sich nichts Geschriebenes vorfinde und deshalb die

Einträge auf Grund mündlicher Verhandlung mit den Güterbesitzern gefertigt und daß sie mit wenigen Ausnahmen, was auch für die in Frage stehenden Eintragungen zutrifft, von den Beteiligten anerkannt worden seien. Vor der Civilkammer, welche unter diesen Umständen mit Recht auf die Herbeiführung weiterer thatsächlicher Aufklärung bedacht war, sind Umstände zur Sprache gekommen, die den Zusammenhang der Servitut mit einer Benützung des auf der Parz. Nr. 156 ausmündenden Feldwegs vermuten ließen, welcher von den Parteien als ein den Eigentümern der betreffenden Wegflächen ausschließlich zur Verfügung stehender unversteinter Güterweg geschildert wurde. Wenn hienach schon in dem gerichtlichen Verfahren erhebliche Anhaltspunkte dafür vorlagen, daß es sich bei dem Anspruch des Beklagten, falls er überhaupt begründet sei, um ein von dem Beklagten oder seinen Besitzvorgängern gegenüber dem Eigentümer des Nachbargrundstücks Parz. Nr. 156 oder den Eigentümern des zu dieser Parzelle führenden Feldwegs erworbenes Privatrecht handle, während ein dieses Recht begründendes örtliches Herkommen von keiner Seite geltend gemacht wurde und auch aus dem in dem Servitutenbuch ohne spezielle Beziehung auf die Belastung der Parz. No. 156 gebrauchten mehrdeutigen Ausdruck „Observanz" nicht entnommen werden konnte, so ist in den Verhandlungen vor den Verwaltungsgerichten der privatrechtliche Charakter des Streits noch bestimmter hervorgetreten, indem die eingezogenen Berichte des Ortsvorstehers und des Gemeinderats die Angaben der Parteien über die Entstehung des schon erwähnten Feldwegs bestätigt und nichts über das Vorliegen eines einschlägigen Lokalstatuts oder einer Feldordnung für die Markung Osterholz ergeben haben. Der Vertreter des Beklagten hat hier selbst die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts mit der Erklärung, daß dieser auf Grund seines Eigentums ein privatrechtliches Ueberfahrtsrecht über die Parzelle des Klägers (über das von letzterem anerkannte Maß hinaus) geltend mache, bestritten und hat gleichzeitig eine vertragsmäßige Entstehung dieses

Rechts im Zusammenhang mit der Anlegung des bezeichneten Feldwegs seitens der beteiligten Grundbesitzer im Jahre 1853 behauptet, wonach dem Vater des Beklagten, der mit seiner Parz. Nr. 159 an jener Weganlage beteiligt war, die Ueberfahrt in der Richtung auf jenen Weg und die Benützung des letzteren auch für seine Parz. Nr. 170 eingeräumt worden wäre. In gleichem Sinn hat der Vertreter des Beklagten auch vor dem Verwaltungsgerichtshof sich ausdrücklich auf ein zwischen den beteiligten Güterbesitzern getroffenes Privatübereinkommen vom Jahr 1853 berufen und für einen an das genannte Jahr anknüpfenden Besitzstand Beweis angetreten, während die Gegenpartei, ohne gegen die Annahme eines Privatrechtsstreits etwas einzuwenden, ihre Verteidigung nur dahin richtete, daß sie diesem Uebereinkommen die rechtliche Wirksamkeit absprach. Hienach war es begründet, wenn der K. Verwaltungsgerichtshof, von einer Auslegung des Art. 43 des Gesetzes vom 26. März 1862, wie sie im Vorstehenden als die richtige nachgewiesen wurde, ausgehend, und auf Grund der Feststellung des dargelegten Stands der Parteibehauptungen und Beweisergebnisse die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte für die Entscheidung des Rechtsstreits verneint hat, worüber im Einzelnen auf die zutreffenden Entscheidungsgründe zu dem Urteil vom 31. Mai 1899 zu verweisen ist.

Nach dem Ausgeführten ist für die Beurteilung des den Gegenstand des Streits bildenden Anspruchs des Beklagten mit Ausschluß des Verwaltungsgerichts der Civilrichter als zuständig zu erachten und war der erhobene Kompetenzkonflikt im Sinne der Zulässigkeit des Rechtswegs für die erhobene Klage zu entscheiden.

Eine Verurteilung in die Kosten des Verfahrens und ein Sportelansatz hatte bei dem Fehlen der in Art. 14 Abs. 8 und 9 des Gesetzes vom 25. August 1879 bezeichneten Voraussetzungen nicht stattzufinden. Ebenso konnte dem von dem Vertreter des Klägers gestellten Antrag, im Fall der Anerkennung der Zuständigkeit des Civilrichters der Gegenpartei

die Kosten des Verfahrens vor den Verwaltungsgerichten aufzuerlegen, keine Folge gegeben werden, da der Kompetenzgerichtshof zu einer abändernden Verfügung über die betreffenden Kosten gesetzlich nicht berufen ist, und dem Kläger überlassen werden muß, seinen bezüglichen Kostenanspruch bei dem über die Klage materiell entscheidenden Richter geltend zu machen.

Urteil vom 15. Januar 1900 in Sachen Glucker gegen Thum.

IV.

Abhandlungen.

1.

Wie ist bei Abfindungsbrennern die defraudierte Branntweinsteuer zu berechnen?

Von Landgerichtsrat Uhland in Ravensburg.

In Band 31 S. 431 der Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen ist ein in einer Ulmer Sache ergangenes, die oben genannte Frage betreffendes m. E. irriges oder doch mißverständliches Urteil des Reichsgerichts abgedruckt, das im Interesse der Branntweinbrenner nicht ohne Kritik bleiben darf.

Schon die Ueberschrift des genannten Urteils ist irrig. Es handelt sich in dem betreffenden Fall nicht um Defraudation der Maischbottichsteuer im Sinne des Branntweinsteuergesetzes vom 8. Juni 1868 § 2, sondern um Defraudation der Verbrauchsabgabe im Sinne von § 1 des Branntweinsteuergesetzes vom $\frac{\text{24. Juni 1887}}{\text{16. Juni 1895}}$ nebst dem Zuschlag zur Verbrauchsabgabe im Sinn von § 42 des letztgenannten Gesetzes. Der Angeklagte, Peter Reutter von Boll, ein landwirtschaftlicher Brenner, war nämlich auf seinen Antrag gemäß § 42 III des letztgenannten Gesetzes von der Erhebung der Maischbottichsteuer freigelassen worden, es war daher von ihm statt der Maischbottichsteuer der Zuschlag zur Verbrauchsabgabe zu erheben und zwar, wie auch das Steuerkollegium in seiner Revisionsschrift verlangt hat, auch von dem heim-

licher Weise in Defraudationsabsicht hergestellten Branntwein. Denn, wenn er auch den Abfindungsbedingungen zuwider heimlich mehr Branntwein hergestellt hat, so war er eben doch zum Zuschlag zur Verbrauchsabgabe zugelassen.

Das Reichsgericht sagt in dem genannten Urteil, das Branntweinsteuergesetz habe nach dem unzweideutigen Wortlaut seiner Bestimmungen in § 13 und § 41 IV den Bottichraum, also den Raum, der bei der Bereitung des Branntweins benutzten Gefässe, und diejenige Menge von Alkohol und Maische, welche während der Betriebszeit mit der Brennvorrichtung gewonnen bezw. abgetrieben werden kann, zur Grundlage der Besteuerung und Steuerberechnung gemacht. Im vorliegenden Fall, in dem eine vom Jahr 1892 bis 1897 fortgesetzte Steuerdefraudation in Frage stand, kommt das Branntweinsteuergesetz zunächst in seiner Fassung vom 24. Juni 1887 in Betracht. In § 13 und § 41 IV ist aber deutlich gesagt, daß nicht der Bottichraum die Grundlage der Steuerberechnung ist, sondern diejenige Alkoholmenge, welche während der erklärten Betriebszeit mit der zum Gebrauche bestimmten Brennvorrichtung nach ihrer Leistungsfähigkeit gewonnen werden kann, bezw. diejenige Maischmenge, welche während der erklärten Betriebszeit mit der zum Gebrauche bestimmten Brennvorrichtung nach ihrer Leistungsfähigkeit abgetrieben werden kann. Das ist in den Ausführungsbestimmungen des Bundesrats vom 27. Sept. 1887 (Zentralblatt S. 351 ff.) unter Nr. 8 III b zu § 13 des Gesetzes wiedergegeben. Hier ist bestimmt: „Um die jeweilig zu entrichtende Verbrauchsabgabe berechnen zu können, ist es notwendig zu wissen,

α) wie groß der Inhalt der Brennblase ist,

β) zu welchem Teile ihres Rauminhalts dieselbe mit Maische für je einen Abtrieb befüllt werden kann,

γ) wie viel Zeit je ein Abtrieb in Anspruch nimmt,

δ) wie lange Zeit die Brennblase in Thätigkeit sein soll,

ε) welche durchschnittliche Alkoholausbeute die Brennerei aus einem Hektoliter Maische zieht". Allerdings muß der Ab-

findungsbrenner, der mehlige Stoffe verarbeitet, gemäß Nr. 8 V d der genannten Ausführungsbestimmungen in jedem einzelnen Abfindungsplan die Nummern und den Gesamtraumgehalt der Bottiche angeben, deren Inhalt auf Grund des eingereichten Abfindungsplans abgebrannt werden soll. Allein der Zweck dieser Bestimmung ist daselbst deutlich angegeben, indem dort weiter gesagt ist: „Wird von einer Brennerei im Laufe eines Betriebsjahrs die zulässige Höchstmenge von Bottichraum überschritten, so unterliegt dieselbe vom Zeitpunkte der Ueberschreitung ab bis zum Schlusse des betreffenden Betriebsjahrs nicht mehr der Abfindung, sondern den Bestimmungen in den §§ 5 ff. des Gesetzes, und hat das zuständige Hauptamt die erforderlichen Vorkehrungen zu treffen, ev. unter Anwendung des § 8 des Gesetzes". Diese Ziffer d hat also nichts mit der Art und Weise der Berechnung der Steuer zu thun.

In dem Branntweinsteuergesetz, in der Fassung vom 16. Juni 1895 sind zwei weitere Wege zur Abfindung ermöglicht. Es kann seit dem 1. Juli 1895, an dem das neue Gesetz in Kraft getreten ist, die Abfindung entweder in der alten Weise, nämlich durch Berechnung der Verbrauchsabgabe von derjenigen Alkoholmenge, welche während der erklärten Betriebszeit mit der zum Gebrauche bestimmten Brennvorrichtung nach ihrer Leistungsfähigkeit gewonnen werden kann, geschehen, oder durch Berechnung der Verbrauchsabgabe von derjenigen Alkoholmenge, welche aus dem angesagten Maischbottichraume oder der zur Verarbeitung auf Branntwein angemeldeten Stoffmenge hergestellt werden kann. Ebenso ist in § 41 IV des Gesetzes vom 16. Juni 1895 für die Abfindungsbrennereien die Möglichkeit geschaffen, die Maischbottich- und Materialsteuer entweder auf die alte Weise oder durch Berechnung nach dem angesagten Maischbottichraume oder der zur Verarbeitung auf Branntwein angemeldeten Stoffmenge im Voraus bindend festzusetzen; allein § 41 IV kommt im vorliegenden Falle nicht in Betracht, da gemäß § 42 III auf den Antrag des Angeklagten dieser von der Erhebung der Maischbottichsteuer freizulassen und statt dieser

der Zuschlag zur Verbrauchsabgabe zu erheben war. Es wäre aber irrig, aus den in § 13 neu eingeschalteten Worten, welche die Möglichkeit der Abfindung unter Zugrundelegung derjenigen Alkoholmenge, welche aus dem angesagten Maischbottichraum hergestellt werden kann, gewähren, die Folgerung zu ziehen, daß seit dem 1. Juli 1895 die Branntweinsteuer unter Zugrundelegung des angesagten Maischbottichraums zu berechnen sei. Das Gesetz von 1887 bestimmt nämlich in § 13 ausdrücklich, es könne von der Landesregierung angeordnet werden, daß die Verbrauchsabgabe bei Einhaltung der hierüber zu erlassenden Verwaltungsvorschriften in der daselbst bezeichneten Weise im Voraus bindend festgesetzt werde und es sind demgemäß die oben erwähnten Ausführungsbestimmungen des Bundesrats vom 27. September 1887 ergangen, nachdem der Bundesrat in seiner Sitzung vom 27. September 1887 beschlossen hatte, „daß die Ausführung des Gesetzes betr. die Besteuerung des Branntweins vom 24. Juni 1887 vorbehaltlich der definitiven Feststellung der Ausführungsbestimmungen und unbeschadet der den Landesregierungen nach § 13 und § 41 IV des Gesetzes zustehenden Befugnisse einstweilen und bis auf weiteres nach Maßgabe der nachstehenden vorläufigen Bestimmungen zu erfolgen habe" s. Zentralblatt für das deutsche Reich vom 27. September 1887. An diesen Ausführungsbestimmungen des Bundesrats hat die württembergische Landesregierung seitdem keine Aenderung getroffen; und es sind daher diese Ausführungsbestimmungen von den württembergischen Steuerbehörden den Abfindungen zu Grunde zu legen. Denn auch nach dem Branntweinsteuergesetz in der Fassung vom 16. Juni 1895 ist die Art und Weise der Abfindung den Ausführungsvorschriften vorbehalten; wiewohl es nämlich in der neuen Fassung nicht ausdrücklich gesagt ist, ergibt es sich daraus, daß den Steuerbehörden mehrere Möglichkeiten der Abfindung offen stehen und es unmöglich im Belieben der untergeordneten Steuerbehörden stehen kann, zu bestimmen, welche der Abfindungsarten im einzelnen Falle An-

wendung zu finden habe.

Daß nun für die Abfindungsplanbrenner, d. h. diejenigen Abfindungsbrenner, die nicht als kleinere Brenner den für letztere in den Ausführungsbestimmungen des Bundesrats in Nr. 8 VI zu § 13 des Gesetzes erlassenen Bestimmungen unterliegen, die Abfindung nicht nach dem angesagten Maischbottichraum angeordnet ist, ist schon oben gesagt und in Nr. 8 I der Ausführungsbestimmungen geregelt. Maßgebend ist für diese diejenige Maisch- bezw. Materialmenge, welche gemäß der Leistungsfähigkeit der zum Gebrauche bestimmten Brennvorrichtung innerhalb der erklärten Betriebszeit in Branntwein umgewandelt werden kann. Für Brennereien mit Dampfapparaten ist jedoch in Nr. 8 III g eine doppelte Berechnungsart angeordnet. Es muß nämlich bei solchen Betrieben neben der erwähnten Berechnung weiter ermittelt werden, welche Alkoholmenge aus der in dem Abfindungsplan angemeldeten Maischmenge und der Durchschnittsausbeute der betreffenden Brennerei sich ergibt. Sollte die nach letzterer Berechnungsart festgestellte Alkoholmenge größer sein, als die nach der ersten Berechnungsart ermittelte, so ist derjenige Abgabenbetrag zu erheben, der sich nach der angemeldeten Maischmenge berechnet. Thatsächlich werden also alle Abfindungsplanbrennereien, die mehlige Stoffe brennen, dieser doppelten Berechnungsart unterliegen; denn es wird wohl kaum noch Brennereien geben, die mehlige Stoffe verarbeiten und nicht zu den kleineren Brennereien im Sinne der genannten Nummer 8 VI zählen, die keinen Dampfapparat haben. Nach dem Wortlaut dieser mehrerwähnten lit. g kommt also bei keiner der beiden gleichzeitig vorzunehmenden Berechnungsarten der angesagte Maischbottichraum in Betracht. In der Praxis der Steuerbehörden wird aber allerdings seit 1887 der angesagte Maischbottichraum zu Grund gelegt, allein nicht der gesamte Maischbottichraum, sondern der Maischbottichraum abzüglich des Steigraums, denn es wird bei diesen Brennern durch Probebrände festgestellt, wie viel Prozent reinen Alkohols sie aus ihrer Maische

erzielen, und so kommt es thatsächlich auf dasselbe hinaus, die zu versteuernde Alkoholmenge aus derjenigen Maischmenge zu berechnen, welche gemäß der Leistungsfähigkeit der zum Gebrauche bestimmten Brennvorrichtung innerhalb der erklärten Betriebszeit in Branntwein umgewandelt werden kann, oder aus dem angesagten Maischbottichraum abzüglich des Steigraums. Wenn es je dem Brenner für den letzten Abtrieb in der Brennperiode an der genügenden Maischmenge mangelt, um seinen Bottichraum ganz auszunützen, wenn also je der Bottich am letzten Brenntag etwa bloß halb voll würde, so erleidet der Brenner durch die Zugrundlegung des angesagten Bottichraums abzüglich des Steigraums keinen Schaden, denn er könnte dann anstandslos das Abbrennen dieses Stoffrestes unterlassen und es würde ihm gemäß Nr. 8 V g Abs. 2 der Ausführungsbestimmungen des Bundesrats zu § 13 des Gesetzes auf sein Ansuchen ein entsprechender Nachlaß an der im voraus festgesetzten Verbrauchsabgabe bewilligt werden.

Diese Berechnungsart der Steuer nach dem angesagten Maischbottichraum abzüglich des Steigraums kann also füglich nicht beanstandet werden.

In seiner Revisionsschrift in der Reutter'schen Strafsache hat das Steuerkollegium demgemäß gesagt: „Wenn hienach bei ordnungsmäßig angemeldetem Betrieb die Steuer sowohl nach der Leistungsfähigkeit der Brennerei, als nach der deklarierten Maischmenge, d. h. nach dem angesagten Bottichraum abzüglich des Steigraums zu berechnen und der höhere dieser beiden Beträge zu erheben ist, so muß dies bei unangezeigtem Betrieb, also im Falle der Defraudation ebenso gehalten werden, sonst würden ja die Defraudationen gegenüber dem gesetzmäßigen Betrieb begünstigt. Es muß also auch im gegebenen Fall diejenige Alkoholmenge und Steuer berechnet werden, welche sich aus dem unangesagten bemaischten Bottichraum ergibt. Wenn man die drei unangezeigten Maischgefässe abzüglich des in der Brennerei des Angeklagten angenommenen Steigraums zu Grund legt, so ergibt sich eine defraudierte Steuer (Verbrauchsabgabe und Zuschlag zur

Verbrauchsabgabe) von 757 M. 45 Pfg." Da als Steigraum in der Brennerei des Angeklagten 6,5 % angenommen wurde, ist der Angeklagte dadurch, daß nach dem Urteil des Reichsgerichts der gesamte Maischbottichraum der Steuerberechnung zu Grunde gelegt werden mußte[1]), gegenüber der richtigen Berechnung des K. Steuerkollegiums um 6,5 % bei der Berechnung der defraudierten Steuer und der Defraudationsstrafe geschädigt. In anderen Fällen könnte die Schädigung 10 % sein, da der Steigraum 6—10 % beträgt.

1) Es ist nicht unzweifelhaft, ob dies geschehen mußte und das Urteil des Reichsgerichts nicht den Abzug des Steigraums — den es allerdings nicht ausdrücklich erwähnt — zuließ: das Urteil will eben wesentlich den Satz bekämpfen, daß in einem derartigen Fall die hinterzogene Steuer sich nach der Menge der thatsächlich in den mißbrauchten Gefässen hergestellten Maische berechne, und betonen, daß sich diese Steuer nach dem Rauminhalt der mißbrauchten Gefässe berechne. Anm. d. Red.

2.

Zur Technik des bürgerlichen Gesetzbuchs[1]).

Von Landgerichtsrat Romeick in Stuttgart.

I.

Dinglicher Vertrag.

§ 1.

Savigny lehrt in Band II S. 257/260 seines Obligationenrechts:

Die Tradition überträgt das Eigentum durch den übereinstimmenden Willen beider handelnden Parteien, ohne diesen Willen aber nicht. Die Stellen, welche eine justa causa erfordern, bezeichnen damit das Kennzeichen jener Absicht, welches in dem die Tradition begleitenden Rechtsgeschäft liegt. Das Erfordernis einer justa causa wird nur neben der Tradition (nicht neben der Manzipation) erwähnt, weil bei dieser die auf das Eigentum gerichtete Absicht nicht wörtlich ausgedrückt zu werden pflegt;

System III S. 312: Die auf gegenwärtige Uebertragung des Besitzes und des Eigentums gerichtete Willenserklärung reicht für sich allein nicht hin zur vollständigen Tradition, sondern es muß die wirkliche Erwerbung des Besitzes als äußere Handlung hinzutreten.

Und Windscheid modifiziert diese Auffassung dahin, die

---

1) Bei Abschluß dieses Aufsatzes ist Plancks Kommentar zum Sachenrecht noch nicht erschienen. — Die Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des EBGB. sind citiert nach der Ausgabe von Achilles, Gebhard und Spahn.

Tradition sei Formal- nicht Material-Akt, sie sei die Form des Eigentumübertragungsvertrages; beide Rechtslehrer stimmen aber darin überein, daß die causa nur Erkenntnisquelle für den Eigentumübertragungswillen sei, nicht dasjenige, was ihm erst rechtlichen Bestand giebt.

Dies ist die gemeinrechtlich herrschende Lehre, — auch in der Praxis, vergl. Seuffert's Archiv 19 Nr. 122 (O.A.G. Rostock 5. November 1863), Württembergisches Archiv 13 S. 231 (Obertribunal Stuttgart, 12. Februar 1870) Seuffert's Archiv 41 Nr. 86 (O.L.G. Hamburg, 25. November 1885), 54 Nr. 6 (Reichsgericht, 21. Juni 1895); und eben diese Lehre — „den Grundsatz der Unabhängigkeit des s. g. dinglichen Rechtsgeschäftes von der obligatorischen causa" — bezeichnen die Motive zum B.G.B. II S. 3 als einen „großen, den Entwurf beherrschenden Grundsatz".

Gerade umgekehrt normiert das Französische Recht das Verhältnis zwischen Kausalgeschäft und Rechtsübertragung mittels des Satzes: „La propriété des biens s'acquiert, et se transmet par l'effet des obligations", Art. 711 Code civ.: Der Kaufvertrag überträgt Eigentum an der gekauften Sache, — auf die Tradition kommt es nicht an.

Auch auf diesen Satz beruft sich der lebhafte Angriff, den Strohal, „Rechtsübertragung und Kausalgeschäft im Hinblick auf den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich", Jahrbücher für Dogmatik 27, S. 335 bis 462, gegen die Quellenmäßigkeit, Richtigkeit und Praktikabilität der herrschenden Lehre gerichtet hat, obgleich (abgesehen hier von dem, was die Motive III S. 162, 334 über die logische Unvollkommenheit und die praktische Unzulänglichkeit des französischen Rechts bemerken) schon Savigny, „Vom Berufe unserer Zeit u. s. w." 3. Aufl. S. 39/40 ausgeführt hatte, die römischrechtlichen Grundbegriffe, die dinglichen Rechte nämlich und die Obligationen, seien dem Code civil in dieser Allgemeinheit gar nicht bekannt und es verbreite diese Unkunde über das ganze Werk mehr Dämmerung als man glauben sollte.

Auch die weiteren Gründe Strohal's, auf welche näher einzugehen hier nicht der Ort und jetzt nicht die Zeit ist, dürften überzeugende nicht sein; hier nur eine kurze, je von Andeutung der sich mir ergebenden Einwendungen begleitete Uebersicht, welche das Studium der geistvollen Arbeit Strohal's nicht ersetzen, vielmehr gerade nahe legen will:

unglaublich sei, daß eben die Periode des Römischen Rechts, welche der abstrakten Stipulation des klassischen Rechts das Ende bereitete, eine Schwenkung zur abstrakten Eigentumstradition hätte machen können; eben diese Periode aber hat in der actio receptitia die Idee der abstrakten Obligation zur vollen Verwirklichung gebracht. —

Jhering selbst, der in einem der glänzendsten Kapitel seines „Geist des Römischen Rechts" die Unzukömmlichkeit der direkten Abhängigkeit der dinglichen Rechte von der Giltigkeit des Kausalgeschäftes überzeugend ausführe, bemerke in III S. 205 Anm. 262: „Die Struktur der Tradition, die ihre Kraft als Eigentumsübertragungsform für res nec mancipi erst im neuern Recht erhalten hat, weicht von der mancipatio und in jure cessio nicht unerheblich ab"; aber an eben dieser Stelle S. 208 sagt Jhering wörtlich: „Dieser Mechanismus (der Ausscheidung des Kausalmoments), den das spätere Recht im Wesentlichen auch für die Eigentumsübertragung durch Tradition beibehalten hat, ist vielleicht einer der glücklichsten Gedanken des römischen Rechts, jedenfalls einer der festesten Anker für die Sicherheit des Eigentums";

was es mit der Uebergabe eines recte verfügt gewesenen, aber hinterher widerrufenen Vermächtnisses auf sich habe, hänge lediglich davon ab, ob die Rechtsordnung das Vindikations- oder das Damnationslegat acceptiere: mit dem Parteiwillen habe das nicht das Geringste zu thun, und dies gelte mutatis mutandis im Wesentlichen auch von Traditionen aus Anlaß von zweckgeschäftlichen Veräußerungen, — die Rechtsordnung bestimme, ob Eigentum schon mit dem Zweckgeschäft übergehe, oder ob noch Tradition erforderlich sei; soweit aber Eigentum ohne Weiteres übergeht, wie beim

Vindikationslegat und nach französischem Recht par l'effet des obligations, kann die hier erörterte Frage gar nicht aufgeworfen werden; es handelt sich ja gerade darum, ob der übereinstimmende Wille, zu Eigentum zu übertragen und zu übernehmen, zur Eigentumsverschaffung genügt, oder ob hiezu außerdem Einigung über eine causa nötig ist; unabweisbar erscheine der Rückschluß von dem Erfordernis des titulierten Besitzes für die Ersitzung und für die Publiziana auf die Notwendigkeit einer Einigung über die causa bei der Eigentumstradition; ein Parallelismns zwischen Eigentumserwerb durch Tradition einerseits, Usukapionsbesitz andererseits ist jedoch innerlich nicht notwendig, vgl. Fitting, im Archiv für ziviliſtische Praxis 52 S. 386, 414, 419; und ferner: wenn der als genügend zugelassene Putativtitel darin besteht, daß bei dem zu Grunde liegenden Erwerbsvorgange „die Möglichkeit eines derivativen Erwerbs unter allen Umständen ausgeschlossen" war (Verkauf und Tradition seitens eines Pupillen ohne auctoritas des Tutor oder seitens eines furiosus), so ist dies doch in sehr erheblichem Grade ein Minus gegenüber dem Falle, daß erworben wurde auf Grund eines wirklich erfolgten, in abstracto zum Eigentumserwerb tauglichen und in concreto die Möglichkeit eines derivativen Erwerbs gebenden Kausalgeschäfts, welches lediglich an inneren Mängeln leidet: haben dort Ersitzung und Publiziana statt, so sollten sie hier erst recht nicht fehlen, — sie sollten um so weniger fehlen, da sogar ein titulus pro suo gilt, bei welchem ein Kausalgeschäft überhaupt nicht vorhanden ist, sondern nur in entschuldbarem Irrtum angenommen wird, vgl. l. 4. § 2 D. 41 10;

endlich giebt Strohal eine im wesentlichen mit Eisele, Jahrb. für Dogmatik 23 S. 1—18, übereinstimmende Auslegung der berühmten, der herrschenden Lehre als quellenmäßiger Beleg (vgl. Wächter, Pandekten, II S. 374) dienenden Stellen, l. 36 D. 14,1 und l. 18 pr. D. 21,1, eine Auslegung, auf welche hier verwiesen werden muß; ich beschränke mich auf folgende drei Gegenbemerkungen:

der Schlußsatz des Julian „nam — constat u. s. w." ist zweifellos kein nebensächlicher Zusatz, sondern eine Begründung, und zwar eine Begründung mit einem allgemein anerkannten Grundsatz, der eben darum eine Generalisierung nicht nur gestattet, sondern verlangt; die Annahme Eisele's l. c. S. 12—14, aus den Worten Ulpians folge, Julian habe das Zustandekommen eines mutuum bejaht, scheint haltlos: „sed" bedeutet nicht nur einen Gegensatz, sondern auch den Uebergang zu etwas Neuem; vielmehr ist Julian — dieser stillschweigend — mit Ulpian dahin einig, daß, wie keine donatio, so auch kein mutuum vorliege (mit mir übereinstimmend Wendt in Jahrb. für Dogmatik 29 S. 53); und letztlich, wenn, wie Eisele S. 17 meint, „für Julian nicht minder festgestanden hat, als für Ulpian, daß, wenn kein mutuum und auch keine donatio, dann kein Eigentumsübergang stattfinde", ebenso Strohal S. 375—378, warum dann das schüchterne magisque puto des Ulpian? Dann mußte Ulpian doch folgern, „und da auch kein mutuum vorliegt, so ist selbstverständlich das Eigentum nicht übergegangen", während er statt dessen die opinio des Empfängers beim accipere als Grund anführt.

§ 2.

Welch' eine praktische Bedeutung dieser Mechanismus der Ausscheidung des Kausalmoments für die Frage des Eigentumsübergangs in einer Rechtsordnung hatte, welche den derivativen Eigentumserwerb auf den Grundsatz „nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse haberet" (l. 54 D. 50, 17) aufbaute, leuchtet ohne weiteres ein: die probatio diabolica, daß der Autor des Vindikanten, der Autor dieses Autors u. s. w. Eigentümer gewesen sei, der Gegenbeweis des vindikatorisch oder publizianisch Beklagten, daß ein Dritter Eigentümer sei, wüchse, belastet mit dem sich aus den je unterliegenden obligatorischen Geschäften ergebenden Streitmaterial, nach Umfang und Schwierigkeit ins Ungemessene und jeder derart beweislos gebliebene

oder an der nachgewiesenen Ungültigkeit einer vorangegangenen obligatorischen causa scheiternde Eigentumsanspruch zöge die innere Unsicherheit des abgeleiteten Eigentums an sich ans Licht.

Nicht also um der Traditionsparteien willen knüpfte sich der Eigentumsübergang an den abstrakten Eigentumsübertragungs- und Eigentumübernahmswillen, sich darstellend in der Form der Tradition oder, nach der andern Auffassung, verbunden mit der Tradition, sondern dieser Rechtssatz bezweckt und erreicht, daß das Eigentum als ein von der obligatorischen causa aus unangreifbares aus der Hand des Empfängers in die Hand eines Dritten übergeht, — derart, daß die Mängel der obligatorischen causa beim Weiterwandern des Eigentums je als obligatorischer Niederschlag bei und zwischen den einzelnen Traditionsparteien zurückbleiben.

Das bürgerliche Gesetzbuch jedoch hat jenen Grundsatz, daß Niemand mehr Recht übertragen kann, als er selbst hat, verlassen: ein Recht an einem Grundstück oder ein Recht an einem solchen Recht wird, falls nicht die Unrichtigkeit des Inhalts des Grundbuchs dem Erwerber bekannt ist, auf Grund dieses Inhalts durch Rechtsgeschäft erworben, auch wenn der eingetragene Autor das auf den Erwerber übertragene Recht in Wahrheit nicht hat, der Inhalt des Grundbuchs also mit der wirklichen Rechtslage in Widerspruch steht, § 892, und durch eine nach § 929 erfolgte Veräußerung — Uebergabe und dingliche Einigung — wird der gutgläubige Erwerber auch dann Eigentümer, wenn die Sache nicht dem Veräußerer gehört, § 932, vgl. §§ 1032, 1207.

Wozu also die subtilen und komplizierten Erwerbserfordernisse? Motive III S. 8/9: obligatorisches Geschäft als rechtliches Motiv, bei Uebertragung des Eigentums an Grundstücken und beim Erbbaurecht gemäß §§ 313, 1017 formalisiert, bei den andern dinglichen Rechten formlos; dinglicher Vertrag als abstraktes Leistungsgeschäft, bindend gemäß § 873 Abs. 2, formalisiert bei Eigentum und Erb-

baurecht nach §§ 925, 1015, und endlich Eintragung in das Grundbuch bezw. bei beweglichen Sachen Uebergabe.

Den dritten Erwerber, möchte es scheinen, berührt dieser ganze kunstvolle Aufbau nicht, er und damit sein Rechtsnachfolger wird gedeckt durch seinen guten Glauben an den Inhalt des Grundbuchs bezw. bei beweglichen Sachen an das Eigentumsrecht des Veräußerers, sobald er Eintragung bezw. Uebergabe erlangt hat, — zwischen den Erwerbsparteien selbst kommt die abstrakte Selbständigkeit des dinglichen Vertrages nicht zur Bethätigung, also, könnte geschlossen werden, ist jene scharfe Scheidung zwischen obligatorischer causa und dinglicher Einigung nunmehr, auf dem Boden des B.G.B., nichts als ein überflüssiges Spiel der juristischen Analysierkunst.

§ 3.

Die Untersuchung über die rechtliche Natur der dinglichen Einigung im Sinne der §§ 873, 929 muß ausgehen von dem Rechtsverhältnis zwischen den Erwerbsparteien (Veräußerer und Erwerber) selbst. „Wie bei jedem Vertrage ist es den Beteiligten, lehrt Endemann, Einführung II S. 72/73, offengehalten, Antrag und Annahme (beim Abschluß des dinglichen Vertrages) von der Einigung über jeden nach ihrem Willen wesentlichen Punkt abhängig zu machen; sie können dabei auch ausdrücklich einzelne Bestimmungen aus dem Kausalgeschäft zur Voraussetzung der Einigung machen"; „die Parteien müssen kundbar machen, daß und in wie weit sie die obligatorische causa in die dingliche Einigung aufgenommen haben. Ist dies nicht beim Vertragsschluß geschehen, so vermag eine nachträgliche Anfechtung wegen Irrtums 2c. über die causa die dingliche Wirkung nicht zu beeinträchtigen", und ebenso Cosack, Lehrbuch des D.B.R. II S. 28. — Diese Sätze gehen für das Rechtsverhältnis zwischen den Erwerbsparteien selbst und für die Zeit vor Eintragung bezw. Uebergabe zweifellos fehl: bei jeder noch so abstrakten Obligation versteht sich immer von selbst, daß der Schuldner dem Vertragsgegner gegenüber

auf das unterliegende Verhältnis zurückgreifen darf, z. B. Wechſelordnung Art. 82, B.G.B. § 784 (Annahme der Anweiſung) § 796 (Schuldverſchreibung auf den Inhaber), §§ 780—781 (Schuldverſprechen, Schuldanerkenntnis, — vgl. dazu I. Entwurf § 684 und Planck S. 529 Z. 2). — Auch wenn alſo die Parteien beim Abſchluß der dinglichen Einigung die obligatoriſche causa mit keinem Worte erwähnten, ſtehen trotzdem jedem Teil die Rechtsbehelfe aus dieſer causa gegen den andern Teil ohne weiteres offen: denn die Einigung iſt „Leiſtung" aus jener causa, und nur als ſolche von den Parteien gewollt: angenommen der Streit der Parteien beginnt bereits nach Abſchluß des obligatoriſchen Geſchäfts, ſo lauten — ſagt Endemann S. 69 — „Klageantrag und Urteil auf Schließung des dinglichen Vertrags"; angenommen, der Streit der Parteien hebt erſt nach der dinglichen Einigung an, ſo iſt — um wiederum Endemann S. 81 wörtlich anzuziehen — „ein ſachenrechtlich begründeter Anſpruch auf Leiſtung des dinglichen Rechts durch Uebergabe oder Eintragung" entſtanden; gleichviel aber, ob der Beklagte den Abſchluß des dinglichen Vertrages oder das dingliche Recht „leiſten" ſoll — in beiden Fällen darf er ſich aus der obligatoriſchen causa heraus wehren —, denn auch durch die dingliche Einigung iſt das Verhältnis immer noch nicht aus dem Machtbereich dieſer causa herausgewachſen, der Veräußerer iſt immer noch Eigentümer — die Thatſache der dinglichen Einigung könnte höchſtens die Umkehrung der Beweislaſt bewirken. —

Was heißt es dieſer Sachlage gegenüber, wenn Endemann S. 81 lehrt: „Dieſer Anſpruch (der ſachenrechtlich begründete Anſpruch aus dem dinglichen Vertrage auf Leiſtung des dinglichen Rechts durch Uebergabe oder Eintragung) kann durch Abtretungsvertrag auf Dritte übertragen werden?"

Nach § 404 kann der Schuldner dem neuen Gläubiger die Einwendungen entgegenſetzen, die zur Zeit der Abtretung der Forderung gegen den bisherigen Gläubiger begründet

waren, die Einwendungen aus der causa dauern also gegenüber dem Anspruch des Cessionars auf Leistung des dinglichen Rechts fort, — causa und dinglicher Vertrag bleiben immer noch in gegenseitiger Beziehung und Wechselwirkung.

Soll ferner der Erwerber eine doppelte Abtretungsmacht haben, derart, daß er den Anspruch aus der causa dem A, den Anspruch aus dem dinglichen Vertrag dem B soll cedieren dürfen? während beide Ansprüche auf dasselbe Ziel, auf Eigentumsbeschaffung mittels Eintragungsbewilligung (der Eintragungsantrag ist Sache des Erwerbers, die Eintragung ist behördlicher Akt) bezw. mittels Uebergabe, gehen; — und während der Veräußerer gegen jeden dieser Ansprüche mit denselben Waffen ankämpfen darf. — Und in welcher Form soll die Abtretung des Anspruchs aus dem dinglichen Vertrage erfolgen? hier an dieser Stelle, wo es sich doch erst und nur um die Abtretung des Anspruchs aus dem dinglichen Vertrage handelt, spricht Endemann S. 82 zugleich von der Abtretung bereits eingetragener Rechte, und ebenso erwähnt er zugleich die Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe der Sache im Sinne des § 931, also die Cession der Vindikation von Seiten des Eigentümers an den Erwerber, während hier nur die Rechtsposition des Erwerbers vor Erlangung des Eigentums in Frage steht.

Die wirklich einschlägigen Sätze Endemanns lauten: „Bei Liegenschaften ist zumal auch der dingliche Anspruch aus der Auflassung abtretbar. —

Zur Abtretung des Anspruchs aus der Auflassung wird ein formeller Vertragsschluß entsprechend dem § 925 notwendig sein“:

wenn aber der Veräußerer mit dem Cessionar des Erwerbers eine neue Auflassung vornehmen muß, — und zweifellos müßte bei andern dinglichen Rechten zwischen Veräußerer und Cessionar die Einigung nach § 873 Abs. 2 wiederholt werden —, so hat die angeblich zulässige Cession für den Cessionar sachenrechtlich noch nichts bewirkt, — der Anspruch aus dem dinglichen Vertrage ist auf den Cessionar nicht „übertragen“, — der Cessionar steht immer noch vor

der Schwelle des Sachenrechts, — der durch ſolche Ceſſion erworbene Anſpruch geht lediglich auf Auflaſſung, auf Einigung im Sinne des § 873. —

Und ſo fragt ſich denn, ob der dingliche Vertrag für ſich allein eine im Sinn des § 398 abtretbare Forderung begründet, ob nicht die Mahnung Coſacks l. c. S. 29 „Dagegen ſind die bloß für obligatoriſche Verträge aufgeſtellten Regeln auf den dinglichen Vertrag nur mit Vorſicht anzuwenden", gerade in der Frage der Abtretbarkeit zu beherzigen iſt.

Endemann S. 82 Anm. 18 beruft ſich auf die allgemeine Norm des § 137: zu prüfen iſt aber gerade erſt, ob der dingliche Vertrag ein im Sinne dieſer Norm „veräußerliches Recht" ſchafft, zumal § 137 an die Stelle der §§ 796 und 295 Abſ. 2 des I. Entwurfs getreten iſt, welche vom „Eigentum" und einem „andern Recht an der Sache" bezw. von der „Forderung" ſprachen. — Endemann beruft ſich weiter auf das preußiſche Recht, — in dieſem aber war, ſo viel ich ſehe, unbeſtritten zuläſſig die Abtretbarkeit des Rechts auf Auflaſſung, nicht des Rechts aus der Auflaſſung; von der Abtretbarkeit des Rechts aus der Auflaſſung, und zwar dieſes Rechts an ſich, iſt nirgends die Rede.

Achilles merkt zu § 88 der preußiſchen Grundbuchordnung, der die formelle Behandlung der Vormerkungen, durch welche das Recht eines Erwerbers auf Auflaſſung geſichert werden ſoll, regelt, folgendes an: „In der Praxis ſind Zweifel laut geworden, ob die Vormerkung zur Erhaltung des Rechts auf Auflaſſung geeignet iſt, auf den Namen eines Ceſſionars des aus der Vormerkung Berechtigten umgeſchrieben zu werden. Der Fall kommt häufig vor, daß der Käufer eines Grundſtücks, der eine ſolche Vormerkung genommen hat, ſeine Rechte aus dem Kaufvertrag cediert; der Ceſſionar erwirbt dann das Recht, von dem Verkäufer die Erfüllung des Vertrages zu fordern. Eine weſentliche Verpflichtung aber iſt die, das Grundſtück dem Erwerber aufzulaſſen, alſo eine Handlung vorzunehmen, die einen beſtimmten Vermögenswert hat. Das Recht auf dieſe Handlung

kann daher nicht an die Person des Erwerbers gebunden sein, muß vielmehr für abtretbar angesehen werden"; vgl. Dernburg, Lehrbuch des Preußischen Privatrechts, 1. Aufl., Anmerkung 1 zu § 241. — Und wenn Endemann für „die sehr vielfältige praktische Anwendung" der Abtretung des dinglichen Anspruchs aus der Auflassung das Beispiel anführt, „eine Terraingesellschaft erwirbt ein Terrain, läßt aber die Eintragung noch ausstehen, da sie alsbald mehrere Parzellen weiterveräußert. Zur Ersparung der Kosten doppelter Eintragungen wird nur der Anspruch aus der Auflassung erworben und abgetreten", so liegt eben dieser Fall der Entscheidung des Reichsgerichts XXXI S. 232/233 zu Grunde, — nur mit dem Unterschied, daß die Auflassung nur einmal und zwar mit dem letzten Erwerber erfolgt, indem der erste Käufer die Befugnisse, die ihm das obligatorische Verhältnis einräumt, durch einen andern, nämlich eben den Cessionar, ausübt: derselbe praktische Effekt wird also glatter und billiger erreicht durch Cession des Anspruchs aus der obligatorischen causa und einmalige Auflassung zwischen dem Veräußerer und dem letzten Cessionar. —

Die Erwägung endlich, daß nach preußischem Recht Auflassung und Eintragung einen Akt bilden, — so wörtlich Rehbein und Reinke, Allgemeines Landrecht I S. 482 Anm. 4 d., vgl. § 48 der Preußischen Grundbuchordnung, — dürfte vollends außer Zweifel setzen, daß dem Preußischen Recht der Gedanke fern lag, es solle sich nun zwischen Auflassung und Eintragung ein Dritter als Erwerber einschieben dürfen und zwar einschieben dürfen allein kraft des auf ihn übertragenen Rechts aus der geschehenen Auflassung. —

§ 4.

Diese Frage nach der Abtretbarkeit des Anspruchs aus dem dinglichen Vertrage kann für das Reichszivilrecht, welches den Grundgedanken der Einheit zwischen Auflassung und Eintragung ebenfalls festhält, wenn auch keineswegs durchführt, vgl. Bericht der XII. Reichstagskommission vom 12.

Juni 1896 S. 2 Abſ. 3, nur erledigt werden durch Klarſtellung des Weſes des dinglichen Vertrages überhaupt. —

Was iſt dinglicher Vertrag? —

In den Motiven und Kommiſſionsprotokollen werden immer unterſchieden Verträge, die inſofern dinglich ſind, weil ſie eine unmittelbare und abſolute (gegen jeden Störer) Rechtswirkung erzeugen: damit iſt noch nicht gegeben, daß ſolche Verträge ſachenrechtliche ſind; und andererſeits Verträge, die inſofern dinglich ſind, als ſie auf Uebertragung, Begründung, Aenderung, Aufhebung eines Rechts an der Sache abzielen: damit iſt noch nicht gegeben, daß dieſe Verträge eine unmittelbare und abſolute Wirkung haben. —

Dingliche Verträge der erſten Kategorie finden ſich in dem Gebiet des Obligationenrechts und zwar ſind dies der Erlaß, B.G.B. § 397; vgl. Motive II S. 114 „Der Erlaß iſt nach der Auffaſſung des Entwurfs ein Veräußerungsvertrag, ſog. dinglicher Vertrag, und deshalb ein abſtraktes, von ſeiner causa in Anſehung ſeiner Wirkſamkeit unabhängiges Rechtsgeſchäft, ähnlich wie die Abtretung;"

Die Abtretung einer Forderung, § 398: vgl. Motive II S. 120 „Die Abtretung iſt, wie der Erlaß (die Tradition, die Auflaſſung, ꝛc.) ein Veräußerungsvertrag, ſog. dinglicher Vertrag, u. ſ. w."; Komm. Prot. III. S. 63: „Stünden z. B. die Parteien hinſichtlich des Verkaufs einer Forderung in Unterhandlungen, ſo ſei in der Regel anzunehmen, daß mit der Einigung über den Kaufpreis auch der dingliche die Uebertragung der Forderung auf den Erwerber bezweckende Vertrag zu Stande gekommen ſei"; S. 65: „Bereits beſchloſſene Fälle eines Rechtserwerbs durch abſtrakten dinglichen Vertrag, insbeſondere die Fälle der §§ 341, 342 des II. Entwurfs", (das iſt eben Erlaß und Abtretung;)

die Schuldübernahme, §§ 414, 415, vgl. Motive II S. 143: „Der in §§ 314, 315 (des I. Entwurfs) geregelte Vertrag, iſt, wie die Abtretung, Veräußerungsvertrag, ſog. dinglicher Vertrag und als ſolcher formfrei."

Dingliche Verträge der zweiten Kategorie, Motive III

S. 8, sind die Einigung im Sinne des § 873, die Auflassung nach § 925, die Einigung i. S. § 929: — es fragt sich, ob diese Einigung eine dingliche Wirkung im eigentlichen und ursprünglichen Sinne des Wortes Dinglichkeit, d. h. eine unmittelbare und absolute Wirkung erzeugt.

Endemann lehrt, S. 61/62, „aus dem dinglichen Vertrage entsteht für den Erwerber ein dinglicher „Anspruch" auf das Sachgut. Der Berechtigte hat aber ein Verfolgungsrecht der Sache nur gegen seinen Veräußerer und dessen dinglich gebundene Rechtsnachfolger, d. h. gegen seine Erben, und die bösgläubigen Erwerber. Danach hat der dingliche Vertrag nur eine relativ dingliche Wirkung „unter den Beteiligten"; S. 76: „Beim Erwerb beweglicher Sachen genügt die bloße formlose Einigung, um die dingliche Bindung beider Beteiligten zu endgültigem Abschlusse zu bringen. Das wörtliche Angebot zur Eigentums- oder Pfandübertragung gewährt dem Erklärungsempfänger das gesicherte Vertrauen (dies durch die bindende Kraft des Antrags nach §§ 145 ff.) durch die Annahme die dingliche Rechtsgewalt zu erlangen."

Diese Sätze Endemanns sind schillernd und zweideutig. Die Aufstellung, durch die Einigung als solche erlange der Erwerber eine dingliche Rechtsgewalt, ein Verfolgungsrecht der Sache, sei eine dingliche Bindung beider Beteiligten d. h. des Veräußerers und des Erwerbers zum Abschluß gebracht, muß auf das Entschiedenste abgelehnt werden. Es steht außer allem Zweifel, und Endemann selbst trägt dies vor, daß die dingliche Einigung dem Erwerber ein Recht an der Sache noch nicht giebt, daß das Recht des Erwerbers an der Sache erst entsteht mit der Eintragung, bezw. mit der Uebergabe: in so lange bleibt der Veräußerer Eigentümer, die Sache gehört zu seiner Konkursmasse, der Erwerber kann trotz des erfolgten dinglichen Vertrages im Konkurs des Veräußerers nichts geltend machen als einen Ersatzanspruch.

Mit nur einer scheinbaren Ausnahme: § 878 bestimmt: „Eine von dem Berechtigten in Gemäßheit der

§§ 873, 875, 877 abgegebene Erklärung wird nicht dadurch unwirksam, daß der Berechtigte in der Verfügung beschränkt wird, nachdem die Erklärung für ihn bindend geworden und der Antrag auf Eintragung bei dem Grundbuchamte gestellt worden ist": diese Ausnahme von dem Grundsatz, daß die Konkurseröffnung, um bei diesem Fall einer Verfügungsbeschränkung zu bleiben, das Vermögen des Gemeinschuldners zu Gunsten der Konkursgläubiger festlegt, daß der Rechtserwerb der Konkursgläubiger an der Konkursmasse den noch nicht im Grundbuch eingetragenen Eintragungsbewilligungen vorgeht, beruht jedoch nicht auf der Kraft des bindenden dinglichen Vertrages allein: ein dahin gehender Antrag, diese dingliche Rechtsfolge schon an die Thatsache der Einigung und Eintragungsbewilligung allein zu knüpfen, wurde in der II. Kommission ausdrücklich abgelehnt: erst der beim Grundbuchamte gestellte Eintragungsantrag hat dingliche Wirkung, und diese dingliche Wirkung wird wissenschaftlich vermittelt sei's durch die Fiktion der Eintragung, sei's durch die Auffassung, das Präsentatum des Grundbuchamtes wahre dem einzutragenden Recht den Rang gegenüber der erst nachher eintretenden Verfügungsbeschränkung, Komm.-Prot. III. S. 65/67.

Trotz des Abschlusses des dinglichen Vertrages also verbleibt es immer noch bei den bisherigen, nur obligatorischen Beziehungen zwischen Veräußerer und Erwerber, eine dingliche Wirkung hat der „dingliche Vertrag" überhaupt nicht.

Ein Zwischenrecht aber zwischen dinglichem Recht und Obligation, ein jus ad rem, ein Recht zur Sache, giebt es nicht.

Wie wenig das Gesetz bezweckt, vor der Eintragung bezw. Uebergabe den dinglichen Vertrag als solchen auch nur mittelbar im Punkte der dinglichen Wirksamkeit vor der causa zu bevorzugen, zeigt weiter der § 883: der Anspruch auf Einräumung eines Rechts an einem Grundstück, zu dessen Sicherung eine Vormerkung mit dinglicher Wirkung in das Grundbuch eingetragen werden kann, ist einfach der obligatorische Anspruch: diese im Anschluß an die bis-

herige allgemeine Entwickelung des deutschen Grundbuchrechts, vgl. Württ. Pfand.Ges. Art. 75, normierte provisorische Sicherung der persönlichen Forderung des Erwerbers war vom 1. Entwurf ausdrücklich abgelehnt worden, sie wurde eingeführt erst von der zweiten Kommission, und da ist es lehrreich, daß, obschon die Beschränkung der Vormerkung auf Ansprüche gewisser Art diskutiert wurde, niemals der Gedanke aufgetaucht ist, die Zulässigkeit der Vormerkung von dem vorgängigen Abschluß des dinglichen Vertrages abhängig zu machen: und doch wäre es scheinbar nahegelegen, eine dinglich wirkende Vormerkung erst dann zuzulassen, wenn nach dinglicher Einigung der Rechtseintragung Anstände entgegentreten; für diese Präokkupierung des dinglichen Rechts ist es aber gleichgiltig, ob es bereits zum dinglichen Vertrage gekommen ist, oder nicht.

Desgleichen ist charakteristisch, daß nach dem B.G.B. auch der noch nicht eingetragene Eigentümer den dinglichen Vertrag schließen, insbesondere die Auflassungserklärung abgeben kann, während nach dem Preußischen Gesetz vom 5. Mai 1872 § 2 nur der eingetragene Eigentümer — von Miterben abgesehen, § 5 Abs. 2 — die Auflassung erklären konnte, und die Eintragung der Hypothek und der Grundschuld nur erfolgte, § 19, wenn der eingetragene oder seine Eintragung gleichzeitig erlangende Eigentümer sie bewilligte; nunmehr aber bestimmt § 40 Abs. 1 der Reichgrundbuchordnung allgemein: „Eine Eintragung soll nur erfolgen, wenn derjenige, dessen Recht durch sie betroffen wird, als der Berechtigte eingetragen ist"; Ausnahmen für den Besitzer eines Hypothekenbriefes bei Nachweis seines Gläubigerrechts aus einer zusammenhängenden, auf einen eingetragenen Gläubiger zurückzuführenden Reihe von öffentlich beglaubigten Abtretungserklärungen, R.G.B.O. § 40 Abs. 2, B.G.B. § 1155 und für den Erben des eingetragenen Berechtigten, R.G.B.O. § 41.

Der Thatbestand des dinglichen Vertrages erfordert also nicht, daß der Veräußerer die sachenrechtliche Qualifizierung

zur Veräußerung bereits erlangt hat: nicht nur der wahre Eigentümer, der noch nicht eingetragen ist, sondern sogar der Nichteigentümer, der im Moment des dinglichen Vertrages die Eintragung noch gar nicht erzwingen könnte, der vielmehr das Grundstück erst nachher erwirbt, — vgl. § 185, — kann gültig auflassen: und dies gilt entsprechend für alle Fälle des dinglichen Vertrages; vgl. Komm.-Prot. III S. 54. Es darf also keine Rede davon sein, daß der dingliche Vertrag für sich allein, schon vor der Eintragung bezw. Uebergabe, einen sachenrechtlichen Effekt, eine dingliche Wirkung erzeugen soll und kann.

§ 5.

Die Antwort also auf die Frage nach Zweck und Wirkung des dinglichen Vertrages steht immer noch offen: eine dingliche Wirkung bringt er nicht hervor, und eine obligatorische Verpflichtung zu erzeugen bezweckt er — wie die Motive III S. 8 wörtlich sagen — nicht: wir wissen nur, daß er den allgemeinen Bestimmungen über Rechtsgeschäfte untersteht, insbesondere auch dem § 130 Abs. 2, welcher im I Entwurf als Abs. 4 des § 828 ausdrücklich wiederholt war, von der II Kommission aber gestrichen wurde mit der Begründung: „Es ist selbstverständlich, daß die Wirksamkeit einer gültigen, wenn auch nicht bindenden Vertragserklärung von dem Eintritt des Todes oder der Geschäftsunfähigkeit desjenigen, welcher sie abgegeben habe, nicht berührt werde, weil die Vorschrift des § 107 Abs. 2 des Entw. II (B.G.B. § 130 Abs. 2) mit Rücksicht auf ihre Stellung im allgemeinen Teil auch für das Sachenrecht gelte."

Die Lösung des Problems dürfte in Folgendem liegen:

Der dingliche Vertrag ist dazu bestimmt, *das* Moment der obligatorischen causa, *welches* allein nach B.G.B. für die sachenrechtlichen Rechtsvorgänge Bedeutung haben *soll* und *hat*, zu isolieren, oder doch zu klarem, zweifellosem und *selbständigem* Ausdruck zu bringen, und dies Moment ist eben die Einigung über den Eintritt der Rechtsänderung

im speziellen die Einigung über den Uebergang des Eigentums, über das Zustehen-Sollen des Nießbrauchs u. s. w. Es handelt sich also um die Umsetzung der obligatorischen Verpflichtung, Eigentum zu verschaffen, eine Hypothek zu bestellen u. s. w., in eine Willenseinigung auf das sachenrechtliche Endziel, unter Ausschaltung der obligatorischen Beziehungen, deren Frucht und Abschluß diese Willenseinigung ist.

Und zwar ist diese Umsetzung und Ausschaltung nichts weiter als einer der beiden Pfeiler, auf welche sich jeder dingliche Rechtserwerb stützen soll und stützt; der andere Pfeiler ist die Eintragung, bezw. Uebergabe; eine andere Aufgabe hat und vollzieht der dingliche Vertrag weder für das obligatorische, noch für das sachenrechtliche Gebiet. —

Wie aber hat die Abscheidung dieser beiden Gebiete im dinglichen Vertrage zu erfolgen?

Cosack führt Bd. II S. 28 aus: „Alsdann — nämlich wenn der dingliche Vertrag verschweigt, daß der Rechtsbegründer schenkt, kauft, einen Vergleich erfüllt — stellt der dingliche Vertrag ein reines (abstraktes) Zuwendungsgeschäft dar. Diese „Reinheit" ist aber nicht zwingenden Rechts. Die Parteien sind vielmehr wohl befugt, den dinglichen Vertrag auch auf eine Zweckzuwendung zu richten, d. h. den Zweck der Rechtsbegründung nicht bloß in ihrem dinglichen Vertrage nachrichtlich zu erwähnen, sondern das zu begründende dingliche Recht von diesem Zweck materiell abhängig zu machen. Die Folge ist alsdann, daß, wenn der Zweck hinfällig ist, die dingliche Rechtswirkung des Vertrages versagt." —

Nur bezüglich der Auflassung macht Cosack S. 167 eine Ausnahme:

„Aus der Regel, daß die Auflassung nicht von einer Zeitbestimmung oder Bedingung abhängig gemacht werden kann, folgt, daß sie auch von der Erreichung irgend eines rechtlichen Zweckes nicht abhängig sein darf: sie kann also nicht als Zweckzuwendung vorgenommen werden, sondern ist notwendig ein „reines" (abstraktes) Zuwendungsgeschäft".

Die Richtigkeit dieſer Ausführung muß nachdrücklich beſtritten werden. —

Zwar kann der dingliche Vertrag — abgeſehen von der Auflaſſung — unter einer Bedingung oder einer Zeitbeſtimmung erfolgen — unzuläſſig aber iſt es für jeden dinglichen Vertrag, den Willensentſchluß über den Eintritt der dinglichen Rechtsänderung in den Stoff der obligatoriſchen causa eingewickelt und eingehüllt zu halten: — ſo lange dies geſchieht, iſt eine „Einigung" gerade noch nicht erzielt, — die obligatoriſche Maſſe hat ſich zu einem ſachenrechtlich brauchbaren und ſachenrechtlich notwendigen Endreſultat noch noch nicht abgeklärt, — auf Grund eines ſo gearteten verlautbarten Geſchäfts (anders, wenn dem Grundbuchbeamten nur die Eintragungsbewilligung vorgelegt wird) kann eine Eintragung nicht vollzogen werden. —

Nach Coſack's Ausführung gäbe es — hingeſehen auf den Grad der Abſtraktheit — zwei verſchiedene Arten von abſtrakten dinglichen Verträgen: auf der einen Seite die Auflaſſung als ein ſolcher Vertrag erſten Grades — mit der Vollkraft der Abſtraktheit —, auf der andern Seite die ſonſtige „Einigung" als ein ſolcher Vertrag minderen Grades mit abgeſchwächter Abſtraktheit: — es darf geſagt werden, daß die Materialien zu dieſer Unterſcheidung nicht die geringſte Handhabe bieten, — insbeſondere nicht die Stellen, welche gerade den Abſ. 2 des § 925 behandeln, Motive III S. 318/324 Komm.-Prot. S. 182/184. — Der I. Entwurf §§ 870, 871 ließ bei der Auflaſſung auflöſende Bedingung und Endtermin zu, und ſchloß nur aufſchiebende Bedingung und Anfangstermin aus, — in der Hauptſache, weil das Grundbuch zum Nachweis des gegenwärtigen Eigentümers beſtimmt ſei, und die Motive ſagen S. 320: „Die Auflaſſung iſt nicht, wie verſchiedentlich gelehrt wird, begriffsmäßig ein actus legitimus, welcher keine Bedingung verträgt. Vielmehr iſt die Frage — nach der Zuläſſigkeit einer auflöſenden Bedingung — eine rein techniſche"; — Die Kommiſſionsprotokolle bemerken dazu, von formalen Geſichtspunkten

habe man die Wahl, entweder beide Arten von Bedingungen zuzulassen oder beide abzulehnen, — die Ablehnung verdiene aus praktischen Gründen den Vorzug, — neben dem durch Eintragung einer Vormerkung gewährten Schutze noch bedingte und betagte Auflassungen zuzulassen, sei bedenklich. — Kann aus dieser so geführten Diskussion auch nur die leiseste Andeutung herausgelesen werden dafür, daß das abstrakte Wesen des dinglichen Vertrags ein anderes sein sollte, je nachdem Bedingung und Befreiung ausgeschlossen oder zugelassen ist? —

Freilich wird in der Praxis eine äußerliche Isolierung der Einigung sehr häufig nicht eintreten; bei der Veräußerung beweglicher Sachen wird die Einigung über den Uebergang des Eigentums selten eine besondere Station auf dem rechtsgeschäftlichen Wege der Parteien sein, — sie wird sich ganz, wie bisher, sei's mit dem Abschluß der obligatorischen causa, sei's mit der Uebergabe, — welche nicht die Form der Einigung darstellt, sondern neben derselben ein selbständiges Erfordernis für den Eigentumsübergang ist, Komm.-Prot. S. 196, — verbinden und verknüpfen, und ganz wie bisher wird der Richter zu finden haben, ob die Uebergabe in Vollzug eines klaren und unzweideutigen, zwar möglicherweise bedingten oder befristeten, aber jedenfalls innerlich von der causa losgelösten, zweiseitigen Eigentumübertragungs- und Eigentumübernahmswillens erfolgt ist: nur die Uebergabe auf der Grundlage einer solchen Einigung schafft Eigentum; diese Einigung fehlt gerade in den drei von Strohal l. c. S. 343 bis 352 gesetzten und behandelten Beispielen, — Mangels derselben kann es in diesen Fällen weder nach der bisherigen herrschenden Traditionslehre noch nach dem B.G.B. zum Eigentumserwerb kommen; ich greife das erste Beispiel Strohal's heraus: „A legt dem B einen Wechsel über 1000 Mark vor, ausdrücklich zur Bezahlung einer gleich hohen Schuld. B steckt den Wechsel ein mit der Erklärung, die Schuld sei bereits bezahlt, — er nehme den Wechsel gern als Vorschuß auf künftige, vermutliche Auslagen für A";

offenſichtlich iſt hier das Angebot, den Wechſel übereignen zu wollen, und das Angebot, den Wechſel zum Zweck dieſer Uebereignung übergeben zu wollen, von Seiten des A an die Bedingung geknüpft, daß B das gleichzeitig angebotene Geſchäft — die Zahlung — annehme: da B — infolge vorgängigen Erlöſchens der Schuld — dieſe Bedingung nicht acceptieren kann und nicht acceptiert, ſo beſteht ein Eigentumübertragungswille, mit dem ſich der Eigentumübernahmswille des B einigen könnte, überhaupt nicht vgl. Dernburg im Arch. f. civ. Prax. 40 S. 11; falls B aber gutgläubig die Bedingung acceptiert und den Wechſel als Zahlung der Schuld annimmt, ſo hat ſich die Einigung über den Uebergang des Eigentums an dem Wechſel von der causa losgelöſt: der Eigentumsübergang beſteht zu Recht, auch wenn ſich hinterher herausſtellen ſollte, daß die Schuld bereits bezahlt war; eine derartige bedingte Verknüpfung der Uebereignungs- und Uebergabsofferte mit der Offerte des kauſalen Geſchäfts iſt allerdings — wie Dernburg, „Das Sachenrecht ds D. R. u. Pr." 1. Auflage S. 275 und 188, ſich ausdrückt — verkehrsüblich.

Beim Erwerb des Eigentums an Grundſtücken führt die Anwendung der Art. 142, 143 des Einf.G. zu einer Vereinigung der verſchiedenen Geſchäfte: ſo nach dem württembergiſchen A.G. zum B.G.B. Art. 3, 33 und 34: Der württembergiſche Grundbuchbeamte iſt Notar, — nach Reichsrecht alſo erfolgt vor ihm als Grundbuchbeamten die Auflaſſung und vor ihm als Notar der Abſchluß des obligatoriſchen Vertrages i. S. des § 313; aber auch der Grundbuchbeamte i. S. des Art. 3 Abſ. 3 des A.G. zum B.G.B., der nicht Notar iſt, iſt nach Art. 33 Abſ. 1 zur Beurkundung des Vertrages i. S. des § 313 zuſtändig, und ebenſo ſind die Ratsſchreiber der Gemeinden, welche weder Grundbuchbeamte noch Notare ſind, für die Grundſtücke des Grundbuchamtsbezirks oder Gemeindebezirks nach Art. 33, 34 des A.G. ſowohl zur Beurkundung des Vertrages i. S. des § 313, als zur Beurkundung i. S. des § 873 Abſ. 2 als zur Entgegennahme der

Auflassungserklärung zuständig, und diese äußerliche Vereinigung der verschiedenen Geschäfte wird gefördert durch den auf Grund des § 98 der Grundbuchordnung normierten Art. 22 des A.G., wonach das Grundbuchamt die Erklärung der Auflassung nur dann entgegennehmen soll, wenn die nach § 313 B.G.B. erforderliche Urkunde vorgelegt wird[1]); bei dieser dem dringenden Bedürfnis stark parzellierten Eigentums entsprechenden Vereinigung der Geschäfte darf jedoch die selbständige Natur der Auflassung nicht verwischt werden[2]). —

An dieser Stelle ist das Verhältnis zwischen Eintragungsbewilligung und Auflassung bezw. der sonstigen „Einigung" zu erörtern: die Komm.-Prot. III S. 55 sagen, wenn im § 828 des I. E. Eintragungsbewilligung des Berechtigten und Annahme der Bewilligung von Seiten des andern Teils erfordert werde, „so sei das keineswegs in der formalen Weise auszulegen, daß die Parteierklärungen wörtlich in Gemäßheit des § 828 erfolgen müßten. Es komme nur darauf an, daß die Parteierklärungen sachlich dem Inhalt des Abs. 2 (des § 828) entsprächen. Ob für den Grundbuchverkehr eine streng formelle Erklärung vorgeschrieben werden solle, werde beim Erlaß der GrundB.O. vom Gesetzgeber zu erwägen sein"; — dem entsprechend wurde der Abs. 2 des § 828 des I E. geändert, § 925 bestimmt nur „die nach § 873 erforderliche Einigung (über den Eintritt der Rechtsänderung) muß erklärt werden", — und die Materialien zu §§ 19 und 20 der GrundB.O. ergeben auf das deutlichste, daß eine streng

1) Vgl. § 55 Abs. 4 der Württ. Just.-Min.-Verf. vom 2. September 1899, betreffend das Grundbuchwesen.

2) Einen wohlthätigen Zwang zu äußerlicher Abscheidung wird wohl § 31 Abs. 4 der K. Verordnung vom 11. November 1899, betreffend die Gerichtskosten in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit u. s. w. ausüben, insofern hier für die Eintragung des Eigentümers einschließlich der Entgegennahme und Aufnahme der Auflassungserklärung und für die Aufnahme und Beurkundung des Vertrags i. S. des § 313 *je eine besondere* Gebühr bestimmt ist, derart, daß der Gesamtbetrag um ein Zehnteil ermäßigt wird, vgl. S. 7/8 und S. 39/40 der Anlage zum Amtsblatt des K. Württ. Just.-Min. vom 20. Dez. 1899.

formelle Eintragungsbewilligungserklärung nicht verlangt ist, — daß, abgesehen von der Auflassung, statt des Nachweises der Einigung die Bewilligung desjenigen, dessen Recht von der Eintragung betroffen wird, — erforderlich und genügend ist, — wie die Denkschrift zur G.B.O. besagt: — die Eintragungsbewilligung ist also gegenüber der Einigung ein minus, — sie entfällt, wo das plus, die Einigung selbst, nachgewiesen wird: wenn die Einigung als Auflassung oder — bei den andern dinglichen Rechten — in den Formen des § 873 Abs. 2 Fall 1 bis 3 dem Grundbuchamt zugeht, ist für eine Eintragungsbewilligung kein Raum mehr, und wenn je in der dinglichen Einigung die nach § 28 G.B.O. zu machenden Angaben fehlen, so kann dies in dem Eintragungsantrag nachgeholt werden; — es ist also unzutreffend, wenn Endemann S. 75 lehrt: „Zwischen Einigung und Eintragung tritt die Eintragungsbewilligung. Sie ist inhaltlich und formell von der Einigung getrennt;" im Gegenteil, — die Eintragungsbewilligung ist nur ein der Erleichterung des Verkehrs dienender, formeller Ersatz der Einigung, ein Ersatz, der allerdings schon vor Abschluß der dinglichen Einigung eintreten und zur Eintragnng führen kann: diese Möglichkeit aber, daß die dingliche Einigung der Eintragung nachfolgt, läßt das B.G.B. § 892 Abs. 2 ausdrücklich offen, — diese Umkehrung der normalen Zeitfolge kann sogar beim Eigentum vorkommen, wenn z. B. die Eintragung in Folge eines Versehens des Grundbuchbeamten ohne vorgängige Auflassung erfolgt ist. —

§ 6.

Gegen die Annahme der Wirkungslosigkeit der dinglichen Einigung für das obligatorische Gebiet erhebt sich jedoch ein anderer Einwand:

§ 829 des I. Entwurfs lautete: „Zur Wirksamkeit des im § 828 bezeichneten Vertrages ist die Angabe des Rechtsgrundes nicht erforderlich. Die Wirksamkeit des Vertrages wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß die Vertragschließenden

verschiedene Rechtsgründe vorausgesetzt haben, oder daß der von ihnen vorausgesetzte Rechtsgrund nicht vorhanden oder ungiltig war". — Diese mit den §§ des I. Entwurfs 290 Abs. 2 (Erlaß), 294 Abs. 2 Satz 2 (Abtretung) übereinstimmende Bestimmung ist von der II. Kommission (Komm.-Prot. III S. 64/65) als richtig, aber überflüssig und einen rein lehrhaften Zweck verfolgend gestrichen. Hat also etwa die dingliche Einigung die Kraft eines abstrakten Versprechens, das betreffende dingliche Recht zu verschaffen? —

Die Frage stellt sich rein dar dahin: kann aus der dinglichen Einigung allein auf die Verschaffung des dinglichen Rechts geklagt werden? aus der Auflassung allein auf Eintragung des Eigentums? aus dem sonstigen dinglichen Vertrage allein auf Eintragung des dinglichen Rechts bezw. auf Uebergabe der beweglichen Sache? Diese Frage ist unbedingt zu verneinen; eine so erhobene Klage ist unschlüssig, also auch wenn der Gegner im Termin zur mündlichen Verhandlung ausbleibt, gemäß § 331 Abs. 2 C.P.O. abzuweisen.

Der Beweis hiefür wird sich aus folgenden Erwägungen ergeben:

Nach § 313 II wird der ohne Beobachtung der gesetzlichen Form — gerichtliche oder notarielle Beurkundung — über Grundstücke geschlossene Veräußerungsvertrag giltig, wenn die Auflassung und die Eintragung in das Grundbuch erfolgt: der an sich nach § 125 Nichtigkeit bedingende Mangel der Form wird also nicht geheilt durch die Auflassung allein: der Bestand der Auflassung giebt also noch keine Gewähr dafür, daß nicht ein nichtiger, weil formlos geschlossener obligatorischer Vertrag zu Grunde liegt: der Kläger darf also hier, wo es sich um die obligatorische Klage handelt, sich nicht mit der Vorführung der Auflassung allein begnügen, er muß zur Klagbegründung den giltigen obligatorischen Vertrag behaupten und beweisen; das heißt also: die Klage darf sich nicht auf das angebliche abstrakte Versprechen der Auflassung stützen, sondern muß auf dem obligatorischen Verhältnis aufgebaut sein. —

Des weiteren — und dies trifft die dingliche Einigung in sämtlichen übrigen Fällen — schreibt § 780 für das abstrakte Schuldversprechen — „in der Weise, daß das Versprechen die Verpflichtung selbständig begründen soll" — schriftliche Erteilung des Versprechens vor: die dingliche Einigung ist aber — abgesehen von der Auflassung — immer formlos, nicht nur bei beweglichen Sachen, sondern auch bei Belastung eines Grundstücks mit einem Recht und bei Uebertragung oder Belastung eines solchen Rechtes: die in § 873 Abs. 2 gesetzten Formen stellen nicht eine Formalisierung der dinglichen Einigung dar, sondern sie bewirken nur, was etwas ganz anderes ist, daß die Beteiligten an die Einigung gebunden sind; auf diesen Unterschied wird in den Komm.-Prot. III S. 68 unten ausdrücklich hingewiesen, und es zeigt sich die Formlosigkeit des dinglichen Vertrages (immer abgesehen von der Auflassung) insbesondere in dem Fall der Aushändigung einer Eintragungsbewilligung, § 873 Abs. 2 letzter Fall: hier genügt für den Vollzug des sachenrechtlichen Erwerbs diese ausgehändigte Bewilligung, — der vorgängige oder nachfolgende dingliche Vertrag selbst darf formlos sein und bleiben.

Hieraus folgt, daß der abstrakte dingliche Vertrag durchaus nicht als abstraktes Schuldversprechen gedacht und normiert ist, wie denn auch die Materialien, soweit ich sehe, nirgends diesen Gesichtspunkt auch nur andeuten. Die Klage auf Eintragung, auf Uebergabe darf demnach sich niemals auf den dinglichen Vertrag beschränken, — die causa in ihrer Totalität ist der Klagegrund, auch wenn die Parteien zufällig die schriftliche Form für ihren dinglichen Vertrag gewählt haben; etwas anderes ist es, wenn die Parteien die causa selbst in die Form des § 780 schmieden, das ist dann ein über den Inhalt des dinglichen Vertrags — Einigung über den Eintritt der Rechtsänderung — weit hinausschießender Vertrag.

Das Resultat einer abweichenden Auffassung wäre auch ein grauenhafter Formalismus: aus einem Zettel z. B., der nichts enthält als die Erklärung, A und B sind darüber

einig, daß das Eigentum an einer bestimmten Maschine von A auf B übergehen soll, — könnte geklagt werden, und dieser Zettel könnte abtretungsweise von Hand zu Hand wandern; das heißt doch aber nichts weiter, als die lebendigen und wahrhaften Rechtsbeziehungen durch dürre und falsche Formalvorgänge ersetzen und ertöten. —

Wenn also der dingliche Vertrag obligatorisch nichts bewirkt, weder eine obligatorische Verpflichtung erzeugt noch die schon vorhandene verstärkt, so giebt sich damit die endgiltige Antwort auf die vorher noch nicht völlig entschiedene Frage nach der Abtretbarkeit des „Anspruchs aus dem dinglichen Vertrage" an die Hand: diese Abtretbarkeit ist zu verneinen, der dingliche Vertrag schafft nichts, was für sich abgetreten werden könnte. —

Anlangend die Form des Klageantrags und des Urteils, so ist es nicht an dem, wie es nach Endemanns Darstellung S. 69 und S. 75 scheinen könnte, als ob der Erwerber zunächst auf Schließung des dinglichen Vertrages und dann bei weiterem Widerstand des Beklagten nochmals aus dem dinglichen Vertrage auf Eintragungsbewilligung klagen müßte: Klage und Urteil gehen vielmehr bei beweglichen Sachen auf Uebergabe zu Eigentum: hierin liegt, daß der Beklagte, durch das Urteil gezwungen, den Uebergang des Eigentums wollen muß, und die Uebergabe erzwingt sich der Kläger selbst durch den Gerichtsvollzieher, vgl. § 897 Abs. 1 C.P.O.; und bei Grundstücken geht Klage und Urteil darauf, daß der Beklagte mit dem Eintritt der Rechtsänderung einverstanden zu sein, daß er — dies ist nur ein anderer Ausdruck für dieselbe Sache — in die Eintragung des Rechts einzuwilligen hat C.P.O. § 894: eine besondere Eintragungsbewilligung neben dem Urteil kommt nicht mehr in Frage, — das Urteil ist die Eintragungsbewilligung, — der Kläger braucht nur noch das Urteil dem Grundbuchamt vorlegen und die Eintragung beantragen. —

Außer bei der Auflassung: hier haben die Motive III S. 197 sowohl als die Kommissionsprotokolle III S. 177

die Auffassung der Entscheidung des Reichsgerichts Bd. XXXI S. 360, es müsse der Kläger mit dem Urteil vor dem Grundbuchamt erscheinen und seinerseits die Erklärung abgeben, daß er mit der urteilsmäßig erzwungenen Einwilligungserklärung des Gegners einig gehe, acceptiert: mir scheint diese Formalität gegenüber dem Erfordernis der gleichzeitigen, zweiseitigen Erklärung bei der normalen Auflassung eine tote: daß der Kläger einwilligt, ist ja ebenfalls und untrennbar rechtskräftig festgestellt, denn er hat das Urteil zu seinen Gunsten erwirkt; die Notwendigkeit dieser Formalität ist im B.G.B. selbst auch nicht zum Ausdruck gekommen, sie hatte einen Sinn nur unter der Herrschaft des § 2 des Preußischen Gesetzes vom 5. Mai 1872, weil dieser § die Auflassungserklärungen in bestimmter Form („des Eigentümers, daß er die Eintragung des neuen Erwerbers bewillige und des Erwerbers, daß er diese Eintragung beantrage") verlangte; diese bestimmte Form ist nunmehr weggefallen, und so dürfte es genügen, daß der Kläger das Urteil einfach mit Eintragungsantrag vorlegt[1]).

Zum Betreff des Eintragungsantrags bleibt nur zu erwähnen der Vorschlag G. Pfizer's „Das Württ. A.G. z. B.G.B." S. 27: „es wird in sinngemäßer Anwendung des § 15 G.B.O. nach Art. 33 und 8 A.G. auch der Ratsschreiber als berechtigt und verpflichtet anzusehen sein, die Eintragung beim Grundbuchamte zu beantragen und diesem ohne besondern Auftrag oder Antrag der Beteiligten das Protokoll über die Auflassung zum Zweck der Eintragung zu übermitteln." Dieser Vorschlag scheint mir sowohl dem praktischen Bedürfnis zu entsprechen, als theoretisch begründbar zu sein; die Motive zu § 15 G.B.O. sagen: „das Verhältnis, in welches der Notar zu den Beteiligten getreten ist, rechtfertigt die Ver-

1) Bei der fundamentalen Bedeutung der Formrichtigkeit der Auflaßung wird die Praxis übrigens gut thun, die Formalität der einseitigen, angesichts des mitgebrachten Urteils vor dem Grundbuchamt abzugeben den Erklärung des Klägers zu wahren, — bis über diese Frage eine oberstrichterliche Endscheidung ergangen ist. —

mutung seiner Bevollmächtigung", dies trifft auf den Ratsschreiber in gleichem Maße zu, und daß die G.B.O. in § 15 nur den Notar erwähnt, war dadurch gegeben, daß das B.G.B. selbst in §§ 313, 873 Abs. 2 (abgesehen von der gerichtlichen) Beurkundung nur durch den Notar vorsieht; es kann aus dem Wortlaut des Art. 142 E. G. gefolgert werden, daß die landesgesetzlich zugelassenen „andern Beamten" in demselben Umfang zuständig sind, als nach Reichsrecht die Notare.

§ 7.

Auch gegen die Wirkungslosigkeit des dinglichen Vertrages für das sachenrechtliche Gebiet — immer der Zeitpunkt vor Eintragung bezw. Uebergabe ins Auge gefaßt — erhebt sich ein Anstand.

Welche Bedeutung nämlich soll denn die Bindung der Parteien i. S. des § 873 Abs. 2 haben?

Wie sehr in diesem Punkt Klarheit fehlt, zeigen die Lehrbücher von Cosack und Endemann: Cosack S. 26: „Ohne die Eintragung ist dagegen der formlose dingliche Vertrag zwar nicht gerade ungültig, aber doch seitens jeder der Parteien frei widerruflich: er „bindet" die Parteien nicht": daß dieser Satz keine Aufklärung giebt, dürfte auf der Hand liegen; Endemann S. 78. „So lange keine dieser Formen (Auflassung, § 873 Abs. 2) erfüllt ist, kann jeder Beteiligte trotz der vollzogenen Einigung beliebig vom Vertrage zurücktreten. Von Ersatz eines negativen Vertragsinteresses handelt das B.G.B für diesen Fall nicht."

Warum aber soll, wenn die dingliche Einigung ein Vertrag ist, wie doch gerade Cosack S. 24 und Endemann S. 71 mit Entschiedenheit annehmen, dieser Vertrag nicht trotz Formlosigkeit, des Abschlusses zwischen den Parteien bindend sein, soweit nicht — und das ist nur bei der Auflassung der Fall — eine bestimmte Form gesetzlich vorgeschrieben ist? Wenn A und B einen obligatorischen Vertrag schließen, der B zur Bestellung einer Hypothek für A verpflichtet, und beide sich sei's in demselben Akt sei's nach der Hand dahin einig

erklären, daß nunmehr die Hypothek eingetragen werden solle, darf dann B diese Einigung, die gerade die Elemente des dinglichen Vertrages enthält, einseitig frei widerrufen oder — anders ausgedrückt Komm.Prot. III S. 64 — einfach von demselben zurücktreten, weil diese Einigung formlos zu Stande kam? Zweifelsohne ebensowenig wie B von dem übrigen Teil des obligatorischen Vertrages zurücktreten darf: vielmehr, wenn A gerade auf den Grund dieser Einigung hin Verfügungen getroffen hat, welche ihn, da B diese Einigung nicht einhält, in Schaden bringen, wird B schadensersatzpflichtig: für die obligatorischen Beziehungen der Parteien also ist die formlose Einigung der Parteien durchaus bindend, vergl. auch die schon vorher citierte Stelle in dem Kom.Prot. III S. 64, es sei selbstverständlich, daß die Wirksamkeit einer gültigen, wenn auch nicht bindenden Vertragserklärung durch Tod oder Geschäftsunfähigkeit des Erklärers nicht berührt werde; sie ist insoweit ein Teil der obligatorisch wirksamen Abmachungen der Parteien, sie wird im Fall des Vertragsbruchs für die Liquidation oder auch für die Höhe des Schadens von Bedeutung sein.

Mit dieser obligatorischen Einigung der Parteien über den Eintritt der Rechtsänderung hat es aber das Sachenrecht und speziell der § 873 Abs. 2 gar nicht zu thun; die Kom.Prot. III S. 61/64 geben deutlich zu erkennen, daß der § 873 Abs. 2 sich nicht mit den obligatorischen Beziehungen der Parteien befaßt, sondern mit dem materiellen Recht, die Eintragung geschehen oder nicht geschehen zu lassen. „Bindung" im Sinne des § 873 Abs. 2 tritt ein mit dem Moment, in dem kein Teil mehr die Macht hat, den Fortgang der Sache — den Eintragungsantrag des andern Teils und die Eintragung — durch einfachen Widerstand zu hemmen, und dieser Moment ist für den Veräußerer gegeben, sobald er sich seiner Vertragserklärung in einer beglaubigten Form entäußert hat: es war sogar beantragt, die Bestimmung dieses Moments in die G.B.O. zu verweisen als eine Verfahrensvorschrift, welche nur eine Anweisung enthalte für den Grund-

buchrichter, ob und bis zu welchem Zeitpunkt er einen Widerruf der dinglichen Einigung beachten solle: und wenn demgegenüber die Mehrheit der II. Kommission die Frage nach dem Zeitpunkt des Eintritts der Bindung für eine materiell rechtliche erachtete, so geschah dies nur in dem oben ausgeführten Sinne; gebunden sein heißt soviel als: die Eintragung geschehen lassen müssen.

Nur in diesem Sinne also und nur in Beschränkung auf Grundstücke kann von einem sachenrechtlichen Effekt des dinglichen Vertrages gesprochen werden: die Auflassung, die bindende Einigung i. S. des § 873 Abs. 2 schafft keine dinglichen Rechte, sondern sie legt nur den Willen der Parteien fest derart, daß kein Teil mehr einseitig den Vollzugsakt — die Eintragung — hindern kann. Damit dürfte der Ausruf Dernburgs, Sachenrecht S. 126: „Also Vertrag ohne Bindung der Vertragschließenden!" erledigt sein.

§ 8.

In dem bisherigen Gange dieser Untersuchung war stets nur die Rede von der Wirkung des dinglichen Vertrages vor der Eintragung bezw. Uebergabe, und zwar leuchtet von selbst ein, daß sich bisher irgend ein Grund für die Angemessenheit, geschweige Notwendigkeit der ganzen subtilen Distinktion zwischen obligatorischer causa und dinglicher Einigung nicht ergeben hat.

Diese Distinktion gewinnt denn auch ihre Bedeutung und zwar ihre entscheidende Bedeutung erst nach der Eintragung bezw. der Uebergabe, als ein kräftiges Mittel zum Schutze des **erworbenen** dinglichen Rechtes.

Die maßgebende Frage lautet jetzt nicht mehr wie nach gemeinem Recht, ob der, von dem das dingliche Recht erworben wurde, Eigentümer ꝛc. war, sondern sie lautet jetzt, ob das Eigentum (und entsprechend jedes andere dingliche Recht) in gutem Glauben erworben wurde: und deshalb ist ein Kardinalpunkt des ganzen Sachenrechts die Frage, wie weit, innerhalb welcher Grenzen der gute Glaube vor-

handen sein muß, oder anders ausgedrückt, wie weit der böse Glaube schadet, wie weit der böse Glaube unschädlich, unerheblich und hier im Sachenrecht gar nicht ventilierbar ist.

Diese Frage eben wird beantwortet durch die Konstruktion der dinglichen Einigung, diese Konstruktion liegt den entscheidenden Gesetzesworten zu Grunde, nämlich dem Satz in § 892 „es sei denn, daß die Unrichtigkeit des Inhalts des Grundbuchs dem Erwerber bekannt ist", und dem Abs. 2 des § 932 „der Erwerber ist nicht in gutem Glauben, wenn ihm bekannt oder in Folge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist, daß die Sache nicht dem Veräußerer gehört".

Die Eintragung und die dingliche Einigung sind die beiden äquipollenten Stützen des Grundbucherwerbs, Mängel der dinglichen Einigung werden durch die Eintragung keineswegs geheilt, das auf Grund einer mangelhaften Einigung eingetragene Recht besteht nur zu Buch, aber nicht zu wirklichem Recht, der Inhalt des Grundbuchs ist unrichtig; zwischen den Erwerbsparteien hat der Eingetragene das Recht nicht erworben: der Dritte aber, der von dem Eingetragenen das Recht weiter erwirbt, ohne daß ihm die Mängel dieser Einigung bekannt sind, ist gutgläubiger Erwerber, er erwirbt das Recht kraft dieses seines guten Glaubens fehlerlos, und es schadet ihm nicht, wenn er bezüglich der obligatorischen Beziehungen der Erwerbsparteien in bösem Glauben war.

Ganz entsprechend bei beweglichen Sachen. Der Erwerber ist in bösem Glauben, wenn er weiß oder grob fahrlässig nicht weiß, daß die dingliche Einigung, auf Grund deren sein Veräußerer die Sache erworben hat, mangelhaft war: ist er in so weit in gutem Glauben, so ist es für seinen Eigentumserwerb unschädlich, wenn er die Vitiosität der zwischen den Vorparteien bestandenen obligatorischen causa sogar genau kannte.

Dies ist die Funktion des nunmehrigen dinglichen Vertrages: das Ziel der Abscheidung des dinglichen Vertrages

hat sich gegenüber der gemeinrechtlichen Tradition verrückt, nicht das objektive Recht des Autors giebt den Ausschlag, sondern die subjektive Gutgläubigkeit des Erwerbers selbst, scharf begrenzt und beschränkt auf den Thatbestand der dinglichen Einigung der Vorparteien[1]).

Auf einem andern Blatt als dieser gute Glaube des Erwerbers bezüglich des dinglichen Vertrages der Vorparteien steht das Wissen des Erwerbers von ältern Ansprüchen Dritter gegen den Veräußerer auf Einräumung eben desselben Rechts; eine solche Kenntnis schadet nicht; auch wenn der Erwerber z. B. weiß, daß der Veräußerer eben dasselbe Grundstück bereits einem dritten aufgelassen hat, erwirbt er durch die ihm erklärte Auflassung und durch Eintragung Eigentum, nur ist natürlich die Eintragung des Erwerbers lediglich dann möglich, wenn die vorgängige Auflassung nicht vor dem Grundbuchamt erklärt und diesem noch nicht mit dem Eintragungsantrag vorgelegt war; sogar wird zu bezweifeln sein, daß eine solche Schlechtgläubigkeit des Erwerbers seine Handlungsweise zu einer illoyalen im Sinne des § 826 — mit der Folge der Schadensersatzpflicht gegenüber dem dritten — macht; vergl. Dernburg, Sachenrecht, S. 185/186.

§ 9.

Die Sätze des vorigen § treffen zu auch auf die Grundschuld, sie treffen nicht zu auf die Hypothek.

Die Hypothek ist normaler Weise — von den Fällen der §§ 1163, 1177 kann hier abgesehen werden — untrennbar mit der Forderung verbunden § 1153, der öffentliche

1) Hiemit will Richtung und Umfang des für den Rechtserwerb von einem Nichtberechtigten wirksamen guten Glaubens natürlich nicht entfernt entschöpft werden, da es sich hier nur um die Ausscheidung der obligatorischen causa der Vorparteien handelt; vgl. Wendt Erwerb von einem Nichtberechtigten im Archiv f. civ. Pr. Bd. 89 S. 1 bis 84, wo insbesondre der zweifellos richtige allgemeine Satz hervorgehoben wird, daß die Mängel des Rechtsgeschäfts zwischen den Erwerbsparteien selbst (z. B. Veräußerungsunfähigkeit des Veräußerers) durch den guten Glauben nicht ausgeglichen werden.

Glaube des Grundbuchs umfaßt, außer bei der Sicherungshypothek § 1185 Abs. 2, auch die Forderung § 1138, der Erwerber der Hypothek muß also auch zum Betreff der Forderung und der gegen dieselbe bestehenden Einreden in gutem Glauben sein, das Fehlen einer bezüglichen Eintragung deckt ihn nicht; wenn ihm bekannt ist, daß nicht eingetragene Einreden bestehen, so gelten sie gegen ihn.

§ 10.

Angesichts des gewonnenen Resultats fragt sich, ob für die Einigung im Sinne der §§ 873, 929 die Bezeichnung „dinglicher Vertrag" passend ist.

Die Einigung ist nur ein Bestandteil des ganzen Rechtsaktes, durch welchen die von den Parteien beabsichtigte Wirkung herbeigeführt wird, Komm.-Prot. III S. 57, und die Hauptwirkung, welche diese Normierung der „Einigung" hat, nämlich für den Rechtserwerb des Dritten, ist von den Parteien nicht gewollt, sondern fließt aus dem systematischen Aufbau des Gesetzes.

Trotzdem sprechen meines Erachtens überwiegende Gründe für den Namen „dinglicher Vertrag".

Was ein „Vertrag" ist, sagt das B.G.B. nicht; Planck I S. 196 definiert ihn zutreffend als genügend ausgedrückten Zusammenschluß des rechtsgeschäftlichen Willens mehrerer Personen zu einem auf Hervorbringung derselben rechtlichen Wirkung gerichteten Willen; unter diese Definition fällt der dingliche Vertrag, dessen Name wohl von Savigny herrührt, System III S. 312/313, zweifelsohne; vergl. auch Jahrbücher für Dogm. 38 S. 81/82, wo Strohal „Der Sachbesitz nach dem B.G.B." der (im übrigen außerhalb des Rahmens der gegenwärtigen Untersuchung gelegenen) Einigung i. S. des § 854 Abs. 2 (Einigung zum Besitzerwerb) den Namen und die Natur eines Vertrages zuschreibt. Dazu kommt die nunmehrige Geläufigkeit dieses in den Materialien — trotz der Konstatierung des lebhaften Widerspruchs in der II. Kommission — durchweg gebrauchten Aus-

drucks, wie denn auch die Vertreter der verbündeten Regierungen noch vor der Reichstagskommission, vergl. Seite 1 des Berichts der XII. Kommission vom 12. Juni 1896 ausführten, der Entwurf habe das im römischen Recht ausgebildete Prinzip der Rechtswirksamkeit des abstrakten dinglichen Vertrages ohne Rücksicht auf den Rechtsbestand des zu Grunde liegenden Kausalgeschäfts bei allen Abtretungen dinglicher Rechte durchgeführt, diese Konstruktion zu verlassen liege keine ausreichende Veranlassung vor.

II.

Vollmacht.[1])

§ 1.

Der § 56 des Handelsgesetzbuchs vom 10. Mai 1897 lautet:

„Wer in einem Laden oder in einem offenen Warenlager angestellt ist, gilt als ermächtigt zu Verkäufen und Empfangnahmen, die in einem derartigen Laden oder Warenlager gewöhnlich geschehen," in fast wörtlicher Wiederholung des Artikels 50 des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs.

Dieser Thatbestand des Angestelltseins in einem Laden oder in einem offenen Waarenlager erinnert an den Thatbestand der actio institoria, jener actio, welche in doppelter Richtung den historischen Durchbruchspunkt der Idee der Stellvertretung darstellt, — einmal, insofern bei ihr zuerst die Haftung und zwar, wie nach Römischem Recht natürlich, nur die Mithaftung des Geschäftsherrn, bezw. des Präponenten durch Verträge (quod cum institore gestum erit) auch gewaltfreier Institoren begründet wird, und sodann, in-

1) Die Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des BGB. sind citiert nach der Ausgabe von Achilles, Gebhard und Spahn.

ſofern im Anſchluß an ſie, als actio quasi institoria, als actio ad exemplum institoriae actionis, der innere Grund der actio institoria und der actio exercitoria als ſelbſtändiger, von der Praepositio des institor bezw. des magister navis losgelöſter Haftungsgrund durch Papinian in das Recht eingeführt worden iſt.

Das Weſen der Praepositio beſtand in der Erteilung der Vollmacht zur Vertretung (Mandry, das gemeine Familiengüterrecht II S. 583/584),

und eben dieſe Erteilung der Vollmacht, für ſich allein, ohne Praepositio, bildet die Vorausſetzung der actio quasi institoria; die Anknüpfung und Fortbildung iſt offen ſichtbar:

Papinian ſagt in l. 19 D. 14, 3 noch: „In eum qui mutuis accipiendis pecuniis procuratorem praeposuit, utilis ad exemplum institoriae dabitur actio, Ulpian ſpricht in l. 10 § 5 D. 17, 1 ſchon nur mehr von quasi praeposuisse „quia et hic quasi praeposuisse eum mutuae pecuniae accipiendae videatur," und endlich in l. 25 D. 19, 1 iſt das praeposuisse gänzlich fortgefallen, ſtatt deſſen tritt das Mandat als die Haftung begründender Rechtsakt auf: „Papininaus libro tertio responsorum putat cum domino ex empto agi posse utili actione ad exemplum institoriae actionis, si modo rem vendendam mandavit".

Bedeutet nun das Angeſtellt-Halten eines Inſtitors, eines Handlungsgehilfen, eines Lehrlings, daß dem Inſtitor, dem Handlungsgehilfen für die Geſchäfte der Taberne, für die gewöhnlichen Ladengeſchäfte Vollmacht erteilt werde? oder bedeutet es, daß Vollmacht erteilt worden ſei?

Zweifelsohne das Letztere, und ſo gab eine Situation, praepositus negotio gerendo instat, welche regelmäßig kund thut, daß der Geſchäftsherr — der Präponent — einen Andern — den Inſtitor — bevollmächtigt habe, den erſten Anſtoß zur Bildung des Begriffs der Bevollmächtigung.

Faſt ausnahmslos wird der Ladenhalter, bevor er einen Handlungsgehilfen in ſeinem Laden anſtellt, dieſem vorher Inſtruktion und Vollmacht zu den Ladengeſchäften erteilt haben;

die Anstellung im Laden wird meist die Verwirklichung der vorgängigen Vollmachtserteilung sein, und zwar die Kundgebung an das Publikum, daß der Ladenhalter vorher dem Angestellten Vollmacht erteilt habe — und zugleich die Veranstaltung, kraft welcher der Angestellte seine Vollmacht auszuüben Gelegenheit hat.

Deshalb vermutet das Gesetz, daß der Angestellte ermächtigt sei, und daß er ermächtigt sei für die gewöhnlichen Ladengeschäfte: diese Vermutung für Existenz und Umfang der Vollmacht fällt hinweg, wenn der Dritte das Gegenteil kannte, oder kennen mußte, R.O.H.G. 33 S. 349/350 (z. B. sichtbare Ankündigung im Laden; l. 11 § 2 D. 14, 3 palam proscriptum, ne cum eo contrahatur; l. 47, pr. D. 15, 1 quotiens in taberna ita scriptum fuisset, cum Januario servo meo geri negotium veto).

Wie aber, wenn die Erklärung, einen Andern bevollmächtigt zu haben, nicht bloß vermutet wird, sondern wirklich vorliegt: darf der so Erklärende einwenden, daß er in Wirklichkeit einen Andern nicht bevollmächtigt habe, und daß der Dritte dies wußte oder wissen mußte?

§ 120 des ersten Entwurfs des B.G.B. bestimmte: „Hat der Vollmachtgeber die Bevollmächtigung durch besondere Mitteilung, oder durch öffentliche Bekanntmachung Dritten kundgegeben, so gilt die Kundgebung als selbständige Bevollmächtigung"; dagegen stimmen die §§ 140 bis 142 des zweiten Entwurfs bereits wörtlich mit den §§ 171 bis 173 des B.G.B. überein, abgesehen von drei rein redaktionellen Aenderungen.

Die Kommission für die zweite Lesung also war es, welche diesen Gesetzeswortlaut schuf, welche insbesondere den Fall der Vollmachtserteilung durch eine dem Dritten gegenüber erfolgende Erklärung aus dem § 120 des E. I ausschied (Kommissionsprotokolle I S. 147) und in § 170 des B.G.B. stellte, und welche den § 171 Abs. 1 des B.G.B. dahin faßte: „Hat Jemand durch besondere Mitteilung an einen Dritten oder durch öffentliche Bekanntmachung kund-

geben, daß er einen Andern bevollmächtigt habe, so ist dieser auf Grund der Kundgebung zur Vertretung befugt".

Hiezu bemerken die Kommissions-Protokolle Bd. I S. 146/147: „Es bestehe ein erheblicher Unterschied zwischen dem Falle, in welchem Jemand einem Dritten erkläre, daß er andurch eine bestimmte Person bevollmächtige, und dem Falle, in welchem Jemand einem Dritten lediglich kundgebe, daß er bereits eine bestimmte Person bevollmächtigt habe. Im ersteren Falle handele es sich um einen Dispositivakt, auf welchen die Grundsätze über Willenserklärungen sich schlechthin erstreckten, während im letzteren Falle nur die Mitteilung einer in der Vergangenheit liegenden Thatsache in Frage komme, eine Mitteilung, welche, sofern sie an einem Willensmangel leide, zwar auch den Grundsätzen über Willensmangel unterstehe, die im Uebrigen aber so, wie sie erfolgt sei, als Bevollmächtigung zu gelten habe, ohne Rücksicht darauf, ob die thatsächlich schon erteilte Vollmacht etwa in engeren Grenzen gehalten, oder nichtig war, oder ob in Wirklichkeit eine Vollmacht überhaupt nicht erteilt worden war. Abgesehen von diesen mehr theoretischen Erwägungen bestehe aber auch mit Rücksicht auf die vorhandenen Kontroversen ein dringendes praktisches Bedürfnis, den rechtlichen Charakter der Vollmacht als einer einseitigen, einem Anderen gegenüber abzugebenden Willenserklärung zum Ausduck zu bringen, und in dieser Hinsicht unterliege es keinem Zweifel, daß die Erteilung der Vollmacht nicht bloß durch Erklärung gegenüber dem zu Bevollmächtigenden, sondern auch durch Erklärung gegenüber dem beteiligten Dritten erfolgen könne".

Und die Denkschrift fügt hinzu S. 30/31: „Eine Regelung für sich erheischen die Fälle, in denen es sich nicht um einen Bevollmächtigungsakt durch Erklärung einem Dritten gegenüber handelt, in denen aber Jemand durch besondere Mitteilung an einen Dritten, oder durch öffentliche Bekanntmachung kundgegeben hat, daß er einen Anderen bevollmächtigt habe, oder in denen der Vollmachtgeber dem Vertreter eine Vollmachtsurkunde ausgehändigt und dieser sie einem Drit-

ten vorgelegt hat. In den bezeichneten Fällen soll im Interesse der Rechtssicherheit und den Anschauungen des Verkehrs entsprechend der Vertreter in dem aus der Kundgebung oder der Urkunde ersichtlichen Umfange zur Vertretung befugt sein, auch wenn ihm Vollmacht nicht oder nicht gültig oder nicht in diesem Umfang erteilt worden war."

Und weiter besagen die Kommissionsprotokolle Bd. I S. 147: „Auch empfehle es sich, zur Vermeidung von Mißverständnissen und um die Frage der Konstruktion möglichst offen zu lassen, nicht auszusprechen, daß die Kundgebung als „selbständige" Bevollmächtigung gelte."

Ist durch diesen Entwicklungsgang der §§ 170 bis 173 des B.G.B. ein Unterschied zwischen der Vollmachtserteilung durch Erklärung gegenüber einem Dritten und zwischen der Kundgebung, einen Andern bevollmächtigt zu haben, gegeben?

Ich glaube: nein.

Der Niederschlag der „mehr theoretischen Erwägungen" der Kommission scheint lediglich der zu sein, daß die rechtliche Wirkung beider Erklärungen sich deckt, daß der Vollmachtgeber an die Erklärung, einen Andern bevollmächtigt zu haben, in gleicher Weise gebunden ist, wie an die Erklärung, einen Andern zu bevollmächtigen, daß Willensmängel in beiden Fällen nur insoweit in Betracht kommen, als sie die Giltigkeit der Erklärung berühren, nicht aber in Betracht kommen, soweit sie den vorangegangenen Akt des Bevollmächtigt-Habens betreffen, daß die Wirklichkeit und Wirksamkeit des Akts des Bevollmächtigt-Habens überhaupt nicht ventiliert werden darf, auch nicht dann, wenn der Kundgebende (§ 171) selbst sich über diesen Akt im Irrtum befand.

Dies entspricht völlig der Wirklichkeit des Rechtsverkehrs, und die Motive zum ersten Entwurf S. 237 treffen ins Schwarze mit der Ausführung: „nach der Auffassung des Lebens, wie nach der vernünftiger Weise anzunehmenden Absicht des Vollmachtgebers liegt in der Kundgebung — nicht bloß ein Hinweis auf die Thatsache der Bevollmächtigung,

ſondern die Erklärung, daß der Dritte ſich darauf verlaſſen kann, daß die betreffende Perſon Vertretungsvollmacht habe."

Noch mehr: ſchon ſprachlich werden ein gegenwärtiger und ein vergangener Bevollmächtigungsakt nicht ſcharf getrennt, ein ſich gegenwärtig vollziehender Bevollmächtigungsakt kann ſehr wohl — namentlich im Fall des Niederſchreibens — mit der Formel ausgedrückt werden: „Ich habe den X. bevollmächtigt": welcher Praktiker hat ſolche Vollmachtserklärungen, welche durch das gebrauchte Perfektum nicht entfernt eine früher erfolgte Bevollmächtigung bezeichnen wollen, nicht ſchon in Händen gehabt? Dieſe Unempfindlichkeit der Sprache kennzeichnet das Weſen der Sache: wer in der Abſicht, hiedurch eine lebendige Kraft für die Zukunft in Wirkung zu ſetzen, erklärt: „Ich habe den X. bevollmächtigt", der erklärt damit, dieſe, wenn auch ſchon früher erteilte Vollmacht ſolle als eine gegenwärtige Beſtand und Kraft haben: nicht alſo das Vertrauen des Dritten, daß die früher erteilte Vollmacht Beſtand behalte, wird garantiert, ſondern umgekehrt wird dem Kern der Erklärung, daß eine gegenwärtige, wirkſame Vollmacht vorliege, die dem Dritten gleichgültige Erzählung beigefügt, daß die Vollmacht bereits früher erteilt worden ſei;

Kundgebung iſt nicht eine Anzeige, eine Vorſtellungsmitteilung, ſondern eine Willenserklärung; ſie erfolgt ſowohl bei beſonderer Mitteilung an einen Dritten als bei öffentlicher Bekanntmachung mit dem Bewußtſein und in der Abſicht der Rechtserheblichkeit der Mitteilung für den Kundgebungsempfänger als den in Ausſicht genommenen Vertragsteil: eine gelegentliche, geſprächsweiſe, abſichtsloſe Mitteilung iſt keine Kundgebung.

Steht aber Bevollmächtigungsakt gegenüber dem Dritten und die Erklärung, einen Andern bevollmächtigt zu haben, der Wirkung nach völlig gleich, ſo war der Grund, aus welchem die Kommiſſion dem Abſ. 2 des § 171 einen andern Wortlaut gab, als dem § 170, es könne eventuell von dem

Erlöschen einer fiktiven Bevollmächtigung nicht gesprochen werden, fehlgehend:

die Kundgebung ist — dem Effekt nach — Bevollmächtigung, es durfte also in § 171 Abs. 2 ebensogut wie in § 170 heißen: „Die Vollmacht bleibt in Kraft, bis dem Dritten das Erlöschen von dem Vollmachtgeber angezeigt wird."

Ueberhaupt sind die drei verschiedenen Formen, welche in den drei §§ 170, 171, 172 B.G.B. für den gegen den Dritten wirksamen Fortfall der Vollmacht gesetzt sind, („bis ihm das Erlöschen von dem Vollmachtgeber angezeigt wird", „bis die Kundgebung in derselben Weise, wie sie erfolgt ist, widerrufen wird", „bis die Vollmachtsurkunde dem Vollmachtgeber zurückgegeben, oder für kraftlos erklärt wird") keineswegs Folgen oder doch Anzeichen einer Wesensverschiedenheit dieser drei Fälle: sie sind lediglich eine kasuistische Ausgestaltung des Prinzips, daß die Abmeldung der Vollmacht möglichst in der gleichen Form geschehen müsse, in welcher die Anmeldung geschah: nur ist in § 172 Abs. 2 in die Hand des Dritten selbst gelegt, darüber zu wachen, ob die Abmeldung der Vollmacht noch nicht erfolgt sei: ihm wird angesonnen, — Komm.-Prot I S. 149, — sich bei der Vornahme späterer Rechtsgeschäfte die Vollmacht wiederholt vorlegen zu lassen, unterläßt er dies, so handelt er auf eigene Gefahr.

Im Gegenteil, gerade die Wesensgleichheit der drei Fälle der §§ 170, 171, 172 erhellt daraus, daß bei ihnen allen die objektive Thatsache des Erlöschens der Vollmacht nicht unmittelbar und direkt gegen der Dritten wirksam ist; es muß vielmehr behufs Wirkung gegen den Dritten hinzukommen entweder, daß dem Dritten das Erlöschen in bestimmter Form mitgeteilt wird, oder daß der Dritte das Erlöschen kennt, oder daß er es kennen muß, vgl. § 173.

§ 2.

Nunmehr bleibt zuzusehen, ob sich nicht gegen das bis-

her gewonnene Resultat Einwendungen aus den §§ 183 (Einwilligung), 405 (Abtretung einer verurkundeten Schuld), 409 (Anzeige des Gläubigers an den Schuldner, daß er die Forderung abgetreten *habe*) erheben.

Planck bemerkt zu der bisher erörterten Frage nach der Identität des Falls des § 170 einerseits und des Falls der §§ 171, 172 andrerseits im allgemeinen:

„Sachlich werden beide Fälle gleich behandelt", Commentar I S. 221 unten, und „das B.G.B. behandelt zwar die Kundgebung der Bevollmächtigung an den Dritten nicht, wie der Entw. I §§ 120, 121, als selbständige Erteilung der Vollmacht. Aber diese Verschiedenheit der Konstruktion ist sachlich in der hier fraglichen Beziehung ohne Bedeutung" I S. 236; welches aber sind die Ergebnisse *Planck's* im Einzelnen?

Zu § 183, Einwilligung, erörtert *Planck*, ob, nachdem die Kommission bei der Einwilligung die im E. I enthaltene Bezugnahme auf das Erlöschen der Vollmacht, also, nach eben diesem Entwurf, auf das Erlöschen des Auftrags, abgelehnt hat, die entsprechende Anwendung der §§ 170 bis 173 ausgeschlossen ist oder gerechtfertigt erscheint;

diese Frage wird bejaht, weil Einwilligung, Ermächtigung und *Bevollmächtigung* in so weit sachlich gleichbedeutend seien.

Diese Begründung dürfte zweifelhaft sein.

Es wird nicht ohne Bedenken sein, einen so detaillierten Mechanismus, wie ihn die §§ 170 bis 173 darstellen, auf ein anderes Rechtsinstitut zu übertragen, wenn eine dahingehende Absicht des Gesetzgebers durch den Wortlaut nicht einmal angedeutet ist;

und ferner:

so nahe verwandt auch, wie bereits die Motive zum ersten Entwurf Bd. I S. 246 hervorheben, die Einwilligung der Vollmachtserteilung ist, so darf doch nicht verkannt werden, daß der Einwilligende einem *fremden* Rechtsgeschäft zur *Wirksamkeit* verhelfen (vgl. § 182), der Vollmachter-

teiler ein eigenes Rechtsgeschäft durch Erteilung der Vertretungsmacht an den Bevollmächtigten ermöglichen will:

aus der Verwandtschaft der Fälle mag immerhin abgeleitet werden, daß, wie die Vollmacht erteilt und widerrufen werden kann durch Erklärung sowohl gegenüber dem zu Bevollmächtigenden bezw. Bevollmächtigten als gegenüber dem Dritten, so auch die Einwilligung sowohl gegenüber demjenigen, welcher derselben bedarf, auch gegenüber dem andern Teil solle erklärt und widerrufen werden dürfen, Motive l. cit., und ebenso mag abgeleitet werden, daß, wie die Vollmachtserteilung, so auch die Einwilligungserklärung der für das Hauptgeschäft vorgeschriebenen Form nicht bedürfe, §§ 167 Abs. 2, 182 Abs. 2, vgl. Komm.-Prot. I S. 177; — aus der Vergleichung der Thatbestände kann aber nicht gefolgert werden, daß die Kundgebung an den Dritten, dem einwilligungsbedürftigen Teil sei die Einwilligung erteilt worden, zu der dem Dritten gegenüber erklärten Einwilligung in demselben Verhältnis stehen müsse, wie die Kundgebung im Sinne des § 171 zu der Vollmachtserteilung im Sinne des § 170; und ebenso wenig kann gefolgert werden, daß, — wenn und soweit ein Unterschied zwischen Vollmachtserteilung i. S. des § 170 und Vollmachtserteilung durch Erklärung gegenüber dem zu Bevollmächtigenden besteht, vgl. unten S. 143, — eben dieser Unterschied zwischen Einwilligungserklärung gegenüber dem Dritten und Einwilligungserklärung gegenüber dem Einwilligungsbedürftigen obwalten müsse:

denn der Vollmachtgeber will selbst mit dem Dritten durch den Bevollmächtigten, also mittels der Vollmacht ein rechtsgeschäftliches Band knüpfen, der Einwilligende aber steht und bleibt außerhalb der obligatorischen Beziehung, welche zwischen dem Einwilligungsbedürftigen und dem Dritten zu Stande kommen soll.

In den Brennpunkt der Frage führt, was Planck, II S. 192/193 zu § 409 kommentiert: die Anzeige des Gläubigers an den Schuldner, daß er die Forderung abgetreten habe, die Vorlegung der Abtretungsurkunde durch den neuen

Gläubiger, — wirke weiter als die Kundgebung i. S. des § 171 und als die Vorlegung der Vollmachtsurkunde i. S. des § 172; die Wirkung der Anzeige der geschehenen Abtretung sei auch dann nicht ausgeschlossen, wenn der Schuldner wisse, daß die Abtretung nicht erfolgt, oder daß sie nichtig oder anfechtbar sei, — das Kennen oder Kennenmüssen sei in dieser Beziehung ohne Bedeutung, während die Vorlegung der Vollmachtsurkunde i. S. des § 172 nicht wirke, wenn der Dritte bei der Vornahme des betreffenden Rechtsgeschäfts wußte oder wissen mußte, daß die Vertretungsmacht nicht zur Entstehung gelangt, oder daß sie erloschen sei.

Hier handelt es sich also nur um die Vergleichung der Anzeige des Gläubigers, daß er die Forderung abgetreten habe, mit der Kundgebung des Vollmachtgebers, daß er er einen Andern bevollmächtigt habe.

Während § 173 nur vom Kennen oder Kennenmüssen des Erlöschens der Vertretungsmacht spricht, § 409 aber nur davon, daß die angezeigte Abtretung nicht erfolgt, oder nicht wirksam sei, faßt Planck alle diese Momente — überhaupt nicht entstanden, nicht wirksam entstanden, erloschen — für die Vertretungsmacht zusammen, — d. h. er legt den § 173 so aus:

Wenn der Dritte wisse oder wissen müsse, daß die Vollmacht überhaupt nicht erteilt, oder nicht wirksam erteilt, oder erloschen sei, so habe Vollmachtserteilung und Vollmachtskundgebung keine Wirkung.

Hienach wäre das in § 1 gewonnene Resultat unrichtig: der gemäß § 171 Kundgebende dürfte einwenden, daß er in Wirklichkeit den Andern nicht bevollmächtigt habe, und daß der Dritte dies wußte oder wissen mußte. — Die Auslegung Plancks scheint mir jedoch nicht zuzutreffen:

Planck hebt selbst I S. 216 hervor, sowohl § 168, Abs. 1, als § 173 spreche freilich nur vom Erlöschen der Vollmacht; bestimme sich aber dieses nach dem zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse, so müsse dasselbe auch von der

Entstehung der Vollmacht gelten, und da der Fortbestand der Vollmacht dem Dritten gegenüber mit dessen Kennen oder Kennenmüssen vom Erlöschen der Vollmacht aufhöre, so müsse dasselbe gelten, wenn der Dritte bei der Vornahme des Rechtsgeschäfts wußte oder wissen mußte, daß der angeblich Bevollmächtigte niemals Vertretungsmacht erlangt habe.

Seltsam aber doch, daß das Gesetz gerade nur den Tod des Rechtsinstituts, das Erlöschen, erwähnt, wenn es Geburt und Leben desselben — Entstehung und Bestand — mitumfassen wollte, und seltsam, daß das Gesetz gerade in dieser Ausdrucksweise schon mit dem ersten Entwurf §§ 119 bis 121 übereinstimmt;

und bedenkenerregend, daß die Kommission gerade umgekehrt annahm, der § 173 befasse das Kennen (Kennenmüssen) des Dritten von der Richtigkeit der Bevollmächtigung nicht, und eben deshalb wegen der Verwandtschaft der Fälle, den § 306 Abs. 2 Satz 2 des ersten Entwurfs (Vorlegung der Abtretungsurkunde) in den Wortlaut des § 409 Abs. 1 Satz 2 B.G.B. abänderte.

Planck meint zu dieser von ihm selbst (II S. 193) angezogenen Stelle der Kommissionsprotokolle I S. 395:

Dieser Grund der Aenderung des Entwurfs dürfte nicht richtig sein, die Streichung (der Entwurfsbestimmung) rechtfertige sich aber dadurch, daß, während die Bevollmächtigung nach der Auffassung des B.G.B. (mit Planck stimmt hierin überein Hölder Kommentar I S. 365) regelmäßig ein kausales und nur ausnahmsweise ein abstraktes Rechtsgeschäft sei, die Abtretung einer Forderung immer ein abstraktes Rechtsgeschäft sei, und daß die Anzeige der Abtretung an den Schuldner diesem gegenüber dieselbe rechtliche Wirkung habe, wie die Abtretung selbst, daß es also nur auf die Gültigkeit der Anzeige ankommen könne.

Ich erachte, was die Bevollmächtigung anbelangt, das Gegenteil für richtig, und einer der Zielpunkte der gegenwärtigen Untersuchung ist der Versuch, nachzuweisen, daß die

Vollmachtserteilung, wie sie vom B.G.B. normiert ist, — also abgesehen von besonderen abweichenden Parteivereinbarungen, — stets ein abstraktes Rechtsgeschäft ist.

Ausgehen muß die Auslegung davon, daß das Gesetz das ausdrückt, was es meint; und warum sollten die §§ 168 Abs. 1 und 173 mehr im Sinne haben, als sie aussprechen? — nämlich: „Das Erlöschen der Vollmacht bestimmt sich nach dem ihrer Erteilung zu Grunde liegenden Rechtsverhältnis" und — der Schutz des Dritten hört auf, „wenn der Dritte das Erlöschen der Vertretungsmacht bei der Vornahme des Rechtsgeschäfts kennt oder kennen muß."

Der Schluß Planck's, weil das Erlöschen der Vollmacht von dem unterliegenden Rechtsverhältnisse abhängig sei, sei dies auch die Erteilung derselben, — leuchtet nicht ein:

von dem unterliegenden Rechtsverhältnis abstrahieren, heißt nicht, dasselbe negieren,

und die Abstraktion hat Grade und Abstufungen: etwas Anderes ist ein Wechsel, etwas Anderes eine cautio indiscreta:

beide aber begründen eine abstrakte Obligation;

bei der Vollmacht kann also gerade darin die Abstraktion bestehen, daß die Entstehung und der Inhalt der Vollmacht von dem unterliegenden Rechtsgeschäft losgelöst ist, das Erlöschen aber an dasselbe geknüpft bleibt.

Planck räumt selbst ein, I S. 216:

„Die Fassung des § 167 deutet auf ein abstraktes Rechtsgeschäft", und er selber bemerkt völlig zutreffend, es sei auf die gegenteilige Aeußerung der Kommissionsprotokolle ein entscheidendes Gewicht nicht zu legen:

diese Aeußerung der Komm.-Prot. I. S. 145 lautet: „Von der Verweisung auf die Vorschriften über das Erlöschen des Auftrags — so Entwurf I § 119 Abs. 3 — sei Umgang zu nehmen, weil die Vollmacht kein abstraktes Rechtsgeschäft bilde, sich vielmehr stets an ein anderes Rechtsgeschäft anlehne, und mit dessen Existenz stehe und falle, eine solche Verweisung auch geeignet sein würde, die im Entwurf

sonst durchgeführte Trennung von Vollmacht und Auftrag zu verdunkeln."

Worin besteht aber eben diese Abtrennung der Vollmacht, welche der Entwurf und noch mehr das B.G.B. durchgeführt hat?

Im Entwurf handelte es sich zunächst um die Trennung vom Auftrag, weil die Vollmacht von jeher als ein Teil des mandatum, des Auftrages, behandelt worden war, so z. B. Wächter, Handbuch des im Königreiche Württemberg geltenden Privatrechts II S. 676/677 und Pandekten Bd. I S. 415 ff. (Beilage I zu § 83) und dagegen insbesondere Laband, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. X. S. 203 bis 209; „aber dieses Zusammentreffen — sagen die Motive I S. 229 — beruht nicht auf begrifflicher Einheit, sondern auf dem Verhältnis von Mittel und Zweck, durch die Annahme des Auftrages übernimmt der Beauftragte die Verpflichtung, das Rechtsgeschäft im Namen des Auftraggebers einzugehen, und um dieser Verpflichtung genügen zu können, erhält er gleichzeitig, aber durch ein besonderes Rechtsgeschäft, die Macht, im Namen des Auftraggebers aufzutreten. Es gibt auch Vollmachten ohne Auftrag"; Beispiele: Die Vollmacht des Gesellschafters, die Vollmacht bei der Anweisung, die Vollmacht auf Grund eines Dienstverhältnisses, die Vollmacht, um dem Bevollmächtigten eine ihm vom Vollmachtgeber geschuldete Leistung zu verschaffen.

Dies — Auftrag, Gesellschaft, Anweisung u. s. w. — sind also die „der Erteilung der Vollmacht zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse," und zwar stellte die Kommission I S. 144 ausdrücklich fest, daß unter diesem Rechtsverhältnis eventuell auch ein Rechtsverhältnis zwischen dem Machtgeber und einem Dritten zu verstehen sei.

Wenn nun bei allen diesen der Erteilung der Vollmacht zu Grunde liegenden Rechtsverhältnissen sich aus ihnen entscheidet, ob Vollmacht erteilt ist oder nicht, — wenn Irrtum, Täuschung, Drohung und andere Willensmängel, welche beim Abschluß

des Auftragsvertrages, des Gesellschaftsvertrages u. s. w. unterlaufen, — unmittelbar auch die aus diesen Vertragsverhältnissen herausgewachsene Erteilung der Vollmacht afficieren; ist dann nicht die Trennung der Vollmacht vom Auftrag, Dienstvertrag u. s. w. ein totes Theorem ohne jede praktisch-lebendige Kraft? ist dann nicht der fundamentale Satz des § 167 „die Erteilung der Vollmacht erfolgt durch Erklärung" jedes wirklichen Inhalts bar, insofern selbstverständlich ist, daß alle Punkte eines Vertrages, also auch die Vollmacht als Teil einer Vertragsberedung, irgendwie erklärt werden müssen?

ist dann nicht die Erkenntnis, daß die Vollmachtserteilung „ein besonderes Rechtsgeschäft sei", ein wertloser Rechenpfennig?

oder vielmehr nicht einmal ein Rechenpfennig, denn mit diesem Begriff „des besonderen Rechtsgeschäfts" wird ja dann eben nicht gerechnet. Der mühevolle Weg, den Theorie und Praxis bis zur Einsicht in die selbständige Natur der Vollmacht zurücklegte, kann nicht dahin ausmünden, daß Alles beim Alten bleibt, — daß die Vollmacht nach wie vor einen Teil des unterliegenden Vertrags bildet: oder sollte das durch die Vorarbeiten zum B.G.B. allerdings geförderte Verständnis dafür, daß die Vollmacht nicht nur dem Auftragsvertrage, sondern auch andern Verträgen inhärieren kann, — eine genügende Frucht sein?

Wie Anders, wenn entsprechend dem Wortlaut des § 167 die Vollmacht als selbständiges Rechts-Instrument aufgefaßt wird, wenn in Anknüpfung an das Wort des § 120 Abs. 1 des ersten Entwurfes, — welches die Kommission, um der Konstruktion freie Bahn zu lassen, gestrichen hat, — nämlich an das Wort „selbständige Bevollmächtigung" das wahre Wesen der Sache darin gefunden wird, — daß die Bevollmächtigung immer etwas Selbständiges ist.

Dann entscheidet sich die Frage, ob und welche Vollmacht erteilt ist, lediglich aus der Erklärung,

mittels deren die Vollmacht erteilt wurde: Einwendungen sind nur in so weit zulässig, als sie die Gültigkeit dieser Erklärung betreffen, oder sich aus dem Inhalt dieser Erklärung ergeben; der Inhalt der Vollmachtserklärung nimmt die unterliegenden Zwecke in sich selbst auf und hebt sie dadurch aus dem Körper des unterliegenden Rechtsverhältnisses völlig heraus.

(Entgegengesetzt die sich auf dem Gebiet des Preußischen Rechts bewegende Entscheidung des Reichsgerichts XXVIII S. 289/290, deren Argumentierung nach der hier vertretenen Auffassung unter der Herrschaft des B.G.B. völlig versagt.)

Dann hat die Norm, daß die Widerruflichkeit und das Erlöschen der Vollmacht sich nach dem unterliegenden Verhältnis bestimmt, die Natur einer positiven Ausnahme von der sonstigen Selbständigkeit der Bevollmächtigung:

jedem noch so abstrakten Geschäft liegt natürlich immer ein Rechtsverhältnis zu Grunde, nur ist dieses mit ihm eben nicht kausal verknüpft;

Planck jedoch versteht unter dem Zugrunde-Liegen in § 168 gerade ein Kausalverknüpftsein;

und so muß er sich damit helfen, die Vollmacht erlösche, wenn sie ausnahmsweise abstrakt erteilt sei, nicht mit dem zu Grunde liegenden Verhältnis, weil diesfalls ein Rechtsverhältnis überhaupt nicht im Sinne des Gesetzes „zu Grunde liege", der § 168 Satz 2 beziehe sich nicht direkt auf die abstrakt erteilte Vollmacht, für die abstrakt erteilte Vollmacht ergebe sich sowohl im Falle des § 168 als im Falle des § 170, 173 das Prinzip der unbeschränkten Widerruflichkeit.

Diese ganze Distinktion ist nicht aus dem Wortlaut des Gesetzes heraus argumentiert, sondern in den widerstrebenden Gesetzestext hineingetragen, und dann:

Die Probe ist die Praxis!

Angenommen, der Eigentümer eines Grundstücks bevoll-

mächtigt den Hypothekengläubiger, die Miete und Pachtzinse zu erheben und dieselben auf die Hypothekenzinse zu verrechnen, Kommissions-Protokoll I S. 144;

die Vollmacht ist zweifellos, wie der Eigentümer gar nicht bestreitet, im Interesse des Hypothekengläubigers erteilt:

soll hier die Vollmacht unwiderruflich sein, wenn bei ihrer Erteilung das zu Grunde liegende Rechtsverhältnis, der auf Befriedigung des Zinsgläubigers zielende Vertrag — die causa solutionis — ausdrücklich in Bezug genommen ist,

jedoch gegen alle Billigkeit und gegen den Wortlaut des § 168 Satz 2 frei widerruflich, wenn die Vollmachtserklärung abstrakt gefaßt ist d. h. auf die causa solutionis nicht Bezug nimmt?

Und anlangend die Erlöschungsgründe — z. B. Tod, eingetretene Geschäftsunfähigkeit oder Konkurs des Vollmachtmachtgebers —

soll hier die Frage, ob ein Wille, der thatsächlich nicht mehr da ist, oder rechtlich nicht mehr da ist, noch vertreten werden kann, verschieden beantwortet werden, je nachdem eine abstrakt oder eine kausal gefaßte Vollmacht vorliegt?

§ 672 bestimmt „der Auftrag erlischt im Zweifel nicht durch den Tod des Auftraggebers"; angenommen, es handelt sich um einen Auftrag, der unbestritten durch den Tod des Auftraggebers erloschen ist: soll hier eine unbestritten zum Vollzug dieses Auftrags erteilte Vollmacht mit dem Tode des Auftraggebers nicht erlöschen, wenn sie abstrakt erteilt worden ist, dagegen allerdings gemäß § 168 Satz 1 erlöschen, falls sie kausal gefaßt ist?

Ich fürchte, diese Distinktion Planck's führt den Praktiker an eine gefährliche Klippe.

§ 3.

Die besondere Schwierigkeit der ganzen Frage liegt darin, daß die Vollmacht es nicht nur mit dem zu Bevoll-

mächtigenden, sondern auch mit dem Dritten, demgegenüber die Vertretung stattfinden soll, zu thun hat.

Was die Vollmacht ist, sagt § 166 Abs. 2, sie ist eine durch Rechtsgeschäft erteilte Vertretungsmacht: wie verhält sich aber dazu der § 167: „Die Erteilung der Vollmacht erfolgt durch Erklärung gegenüber dem zu Bevollmächtigenden oder dem Dritten, demgegenüber die Vertretung stattfinden soll"?

Wem wird sie erteilt? man sollte glauben, dem Bevollmächtigten; wie kann sie aber diesem erteilt werden durch Erklärung gegenüber dem Dritten?

Sowohl nach dem ersten Entwurf, Motive I S. 229, als nach den Kommissionsprotokollen, I. S. 146, bedarf die Vollmachtserteilung nicht der Annahme, insbesondere nicht der Annahme des zu Bevollmächtigenden, sie ist ein einseitiges, empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft, und der richtige Empfänger ist sowohl der zu Bevollmächtigende, als der Dritte.

Im wirklichen Leben werden aber keine Vollmachten erteilt, ohne daß der Erklärungsempfänger reagiert.

Ich treffe einen Freund auf der Straße und bitte ihn, sofort in meinem Namen bei einem Antiquar ein wertvolles Manuskript, an welches sich sonstige Liebhaber drängen, zu kaufen, da ich selbst dienstlich verhindert sei; weil ich der Bereitwilligkeit des Freundes sicher zu sein glaube, drücke ich mich kurz dahin aus: „ich bevollmächtige Dich, für mich zu kaufen; mache geschwind, Eile thut Not"; der Freund erwidert jedoch, er bedaure sehr, ablehnen zu müssen, er habe ebenfalls Sitzung.

Welche rechtliche Natur hat diese Ablehnung? dieselbe fällt nach den Motiven I S. 229 nicht in das Gebiet der Vollmacht, sondern in das Gebiet des unterliegenden Rechtsverhältnisses; also, ich machte meinem Freunde die Offerte zu einem Auftragsvertrag, und der Freund lehnte diese Offerte sofort ab, ein Auftrag ist nicht zu Stande gekommen, ich habe, auch wenn ich im Drange des Augenblicks

nicht Zeit hatte, dem Freunde noch irgend etwas zu antworten, meine Vollmachtserteilung ſtillſchweigend zurückgenommen.

Wenn ich aber dem Antiquar ſchreibe, ich bevollmächtige meinen Freund, das Manuſkript für mich zu kaufen, in der nachträglich *vereitelten* Hoffnung, meinen Freund im Laufe des Tages zu treffen und von der ihm erteilten Vollmacht in Kenntnis zu ſetzen: welche Bewandtnis hat es hier, wenn der Antiquar mir ſofort brieflich antwortet, er lehne es ab, mit meinem Freund als mit meinem Bevollmächtigten zu verhandeln, da er mit demſelben bereits geſchäftliche Mißhelligkeiten gehabt habe? in welches Rechtsgebiet fällt die Ablehnung des Antiquars? in das Gebiet der Vollmacht nicht, weil dieſe nicht annahmebedürftig iſt, die Ablehnung alſo angeſichts des erfolgten Empfangs meiner Erklärung rechtlich unerheblich zu ſein *ſcheint*;

in das Gebiet eines zu Grunde liegenden Rechtsverhältniſſes nicht, weil zwiſchen mir und dem Antiquar ein Rechtsverhältnis überhaupt nicht zu Grunde liegt.

Und wenn nun mein Freund, zufällig von dem Feilſein des Manuſkripts und von meiner Liebhaberſchaft unterrichtet, aber ohne jede Kenntnis davon, daß ich ihm durch Erklärung gegenüber dem Antiquar Vollmacht erteilt, und daß der Antiquar dieſe Erklärung abgelehnt hatte, das Manuſkript als negotiorum gestor, aber als mein Stellvertreter, alſo ausdrücklich in meinem Namen, kauft, und der Antiquar, ſeinen Sinn ändernd und in der irrigen Meinung, mein Freund wiſſe von der Vollmachtserteilung, mit ihm als meinem Bevollmächtigten abſchließt, liegt dann in Wirklichkeit Vollmacht vor? und liegt ſie vor, wenn ich in Folge einer ſofort nach meinem Bevollmächtigungsbrief nötig gewordenen Reiſe den Antwortbrief des Antiquars gar nicht mehr erhalten habe? und liegt ſie vor, wenn ich dieſen Antwortbrief gerade noch vor meiner Abreiſe erhielt, und nunmehr am Ziel meiner Reiſe zufällig ein anderes Exemplar desſelben Manuſkripts ausfindig machte und kaufte?

Zunächſt iſt intereſſant, daß in der Kommiſſion — vgl.

Komm.-Prot. I S. 140/142 — der Antrag gestellt worden ist, die Vollmachtserteilung und das auf Grund der Vollmacht vorgenommene Rechtsgeschäft als Teile eines dem Dritten gegenüber einheitlichen Rechtsaktes zu behandeln: es liege eine Zusammenschließung mehrerer Willenserklärungen zu einem Rechtsgeschäft vor, wie sie in ähnlicher Weise bei dem Vertragsantrag und der Annahme desselben stattfinde:

nach diesem Antrage, — welcher wegen der Neuheit und Künstlichkeit dieser Auffassung des Verhältnisses der Vollmachtserteilung zu dem nachfolgenden Rechtsgeschäfte abgelehnt wurde, — fiele die Ablehnung des Antiquars in das Gebiet des mittels der Vollmacht bezweckten Rechtsgeschäfts.

Rechtlich indifferent aber kann die Ablehnung des Antiqars nicht sein: andernfalls und unter der Annahme, daß bei Vollmachtserteilung durch Erklärung gegenüber einem Dritten die Kenntnis des zu Bevollmächtigenden oder — folgeweise — des Bevollmächtigten von der ihm erteilten Vollmacht ohne Belang ist, ergäbe sich Konsequenz, daß eine Vollmacht existiert, obwohl der Bevollmächtigte nichts davon weiß, und obwohl der Dritte Vollmachtserklärungsempfänger — der Antiquar — die Vollmacht sofort zurückgewiesen hat.

Das Moment der Zurückweisung des Erklärungsempfängers weggelassen, stellt sich die Frage:

ist es noch eine Vollmacht, wenn dieselbe dem Bevollmächtigten oder dem zu Bevollmächtigenden niemals zur Kenntnis gekommen ist?

und gerade diese Frage bejaht Lenel, Jahrbücher für Dogmatik, Bd. XXXVI S. 16—19, in konsequenter Durchführung des von ihm aufgestellten Prinzips, — die Vollmacht sei, wie notwendig ein einseitiger Rechtsakt, — so notwendig ein einseitiger Rechtsakt dem Dritten gegenüber.

Ich vermag die Ausführung Lenels l. c. S. 1—42 als überzeugende nicht anzuerkennen; mir scheint Lenels

Beweisführung und Resultat darin fehlzugehen, daß in die Begriffsbestimmung der Vollmacht die Frage nach der Ausübung der Vollmacht hineingezogen wird: eine nicht benutzte Vollmacht bleibt aber noch immer eine Vollmacht, während von vornherein stutzig macht, daß eine durch Rechtsgeschäft erteilte Vertretungsmacht ohne einen wissenden Machtträger soll existieren können.

Ist das nicht ein Körper ohne Kopf? Ein objektiver Bestand ohne Subjekt, — erinnernd an den „objektiven Bestand" der Korrealobligation ohne alle Obligierte? vgl. Unger, Jahrbücher für Dogmatik Bd. XXII S. 264.

Ich folge einigen Sätzen der Lenel'schen Darlegung:

„Bei den Willenserklärungen, die hier in Frage stehen, muß der Dritte unsere Gesinnung kennen, wenn er sich uns gegenüber berechtigt oder verpflichtet fühlen soll" S. 15: was verschlägt es aber für diese Berechtigung und Verpflichtung des Dritten, daß er unsere Gesinnung kennt, daß ihm sogar die Vollmacht durch uns selbst erklärt ist, — wenn im entscheidenden Moment, bei der Vornahme des betreffenden Geschäfts, unser Bevollmächtigter nicht als solcher handelt, — wenn er die Vollmacht nicht benutzt, die Vertretungsmacht nicht ausübt?

„Der Freund (bevollmächtigt durch ein ihm unbekanntes Telegramm an den Dritten) hat hier Vertretungsmacht ohne es zu wissen, er ist und bleibt negotiorum gestor trotz der erteilten Vollmacht" S. 17: also: da die Erklärung an den Dritten für sich allein die Vollmacht begründet, so ist der Freund, hingesehen auf das unterliegende Rechtsverhältnis zwar nur negotiorum gestor, jedoch im Vollmachtspunkte — wenn auch unwissentlich — Bevollmächtigter;

„wenn dem Dritten die Vollmacht durch Vermittelung des Stellvertreters selbst mitgeteilt wird, so fungiert insoweit der Stellvertreter als bloßer Bote" S. 17: sollte nicht in diesem Fall, d. h. wo der Vollmachtgeber dem Dritten keine Erklärung abgiebt, — die Vollmacht zum Rechtsgeschäft be-

griffsnotwendig die Vollmacht zur Mitteilung der Bevollmächtigung an den Dritten enthalten —, derart, daß der Bevollmächtigte auch zum Betreff dieser Mitteilung als Bevollmächtigter, nicht als Bote, als lebendiger Brief, handelt: (mit dieser meiner Auffassung stimmt überein, Hölder I. 368); denn ohne diese Mitteilung ist die Ausübung der Vollmacht gar nicht möglich;

hieraus aber wird sich für die Haftung des Vollmachtgebers im Falle einer falschen Mitteilung des — wirklich — Bevollmächtigten, für die Erkundigungspflicht des Dritten ein leitender Gesichtspunkt ergeben, den Lenel überhaupt nicht hervorhebt, daß nämlich der Dritte dem Bevollmächtigten als einer vom Vollmachtgeber selbst ausgewählten Vertrauensperson auch seinerseits vertrauen darf, und zwar, wie bezüglich der Fortdauer der Vollmacht, so auch gerade hinsichtlich der Mitteilung über den Inhalt und Umfang der Vollmacht, bis sich Verdachtsgründe ergeben; so Thöl, Handelsrecht, 5. Auflage I S. 210/211;

die betrügerische Vorspiegelung einer gar nicht erteilten Vollmacht ist dem Dritten vorgespiegelt:

dieser Betrug geht den angeblichen Vollmachtgeber nichts an; ist aber Vollmacht in Wahrheit erteilt, so haftet der Vollmachtgeber für falsche Angaben des Bevollmächtigten niemals nach § 120 (unrichtige Uebermittelung durch Boten) auf das negative Vertragsinteresse, — sondern er haftet ganz, d. h. das Geschäft gilt als in seinem Namen abgeschlossen, wenn der Dritte seiner Erkundigungspflicht genügt hat, — er haftet gar nicht, — wenn der Dritte Kraft seiner Erkundigungspflicht die falsche Angabe als solche hätte erkennen können und sollen, — vgl. Entscheid. des R.Ober.H.G XIX. S. 87.

„Die Vollmacht müsse notwendig an den — Dritten gelangt sein; — — — und zwar durch eine direkte oder indirekte Erklärung des Prinzipals selbst; wenn der Dritte

zufällig auf Umwegen von der dem Vertreter erteilten Vollmacht Kenntnis erhalte, so ersetze dieses zufällige Wissen die Erklärung des Prinzipals nicht; was zwischen Prinzipal und Vertreter vorgegangen, gehe den Dritten, so lange es ihm nicht in gehöriger Weise erklärt sei, gar nichts an", S. 19:

in diesem Mittelpunkt der Frage operiert nun Lenel S. 20 mit Fällen, in welchen der Bevollmächtigte beim Abschluß des Vertrages von der Vollmacht keinen Gebrauch macht; diese Fälle beweisen aber nur den selbstverständlichen Satz, daß auf den Namen des Vollmachtgebers gehandelt sein muß, wenn direkte Rechtswirkungen für den Vollmachtgeber entstehen sollen, — vgl. Reichsgericht, Entscheid. in Civils. II S. 167,

nicht aber beweisen sie, was Lenel beweisen will, daß die Vollmacht notwendig gerade nur in der Erklärung derselben dem Dritten gegenüber besteht.

Die Frage stellt sich in ihrer Reinheit dar, wenn der unwissentlich bevollmächtigte Freund — durch das Telegramm an den Dritten, durch den Brief an den Antiquar, — entsprechend seinem bleibenden Nichtwissen von der Vollmacht, gar nichts thut, also nicht als negotiorum gestor auftritt:

was bedeutet diesfalls die dem Dritten erklärte Vollmacht? — sie ist nicht etwa eine nicht ausgeübte Vollmacht, denn ausüben kann die Vollmacht nur der Bevollmächtigte, nicht der Dritte, — sie steht in der Luft, — sie ist ein Nichts!

Es wird anzunehmen sein, daß die Vollmacht stets und notwendig einen wissentlichen Vollmachtträger voraussetzt, — daß die Vollmacht in die Wirklichkeit tritt durch Erklärung oder Mitteilung von Seiten des Machtgebers an den zu Bevollmächtigenden, — und daß die Bestimmungen, wonach die Erteilung der Vollmacht auch durch Erklärung dem Dritten gegenüber erfolgen kann, und wonach diesfalls und im Fall der Kundgebung der Vollmacht im Sinne der §§ 171, 172 dem Dritten besondere Kautelen (§§ 170, 171, 172, 173) gegeben sind, —

nichts weiter darstellen, als einen gegliederten Apparat

zum Schutze des gutgläubigen Dritten: vgl. Reichsg. XXXV. S. 140:

wenn und soweit sich die Vollmachtserteilung dem Dritten gegenüber objektiviert hat, tritt diese Objektivierung im Verhältnis zwischen dem Vollmachtgeber und dem Dritten an die Stelle der wirklichen Rechtslage, — sie ist nicht, aber sie gilt als die Rechtslage: — es ist ein Apparat, der dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs, (§§ 891 bis 893), dem öffentlichen Glauben des Erbscheins (§§ 2365 bis 2367), den Schutzbestimmungen für den Erwerb in gutem Glauben (§§ 932 bis 936, 955, 956) parallel läuft.

Hieraus, ohne daß es der von Zitelmann, Beiträge zur Erläuterung und Beurteilung des E. eines B.G.B., Heft 9 u. 10, S. 102, 107/108, 110/111 gemachten, theoretisch bedenklichen und praktisch verwirrenden Unterscheidung zwischen einer durch wirkliche Bevollmächtigung hervorgebrachten Vertretungsmacht und einer — Mangels wirklicher Bevollmächtigung — durch Kundgebung i. S. der §§ 171, 172 hervorgebrachten Vertretungsmacht bedarf, erledigen sich die Detailfragen, welche Lenel mittels seines Grundsatzes lösen will, in völlig befriedigender Weise, insbesondere die Frage nach den Folgen einer Discrepanz zwischen der dem Dritten erklärten oder kundgegebenen Vollmacht und der wirklichen zwischen Vollmachtgeber und Machtträger bestehenden Vollmacht und die Frage nach der Widerruflichkeit, — und hieraus ergiebt sich auch, um zum Ausgangspunkt dieser Untersuchung zurückzukommen, daß Erteilung der Vollmacht durch Erklärung an einen Dritten und Kundgebung an den Dritten, daß ein Anderer Vollmacht erteilt erhalten habe, in ihren Wirkungen völlig gleichstehen: Erklärung und Kundgebung bringen die — angenommen in Wirklichkeit dem bezeichneten Bevollmächtigten nicht oder nicht in dem Umfang erteilte Vollmacht zur Entstehung und in so weit zur Enstehung, — ähnlich, wie Abtretung einer verurkundeten Schuld im Sinne des § 409 möglicher Weise eine noch gar nicht existierende Forderung zur Entstehung bringt; nur ist die Vollmacht nicht entstan-

den, — übereinstimmend Zitelmann l. c. S. 86 „erteilt wird die Vollmacht immer dem Vertreter selbst und nicht dem Dritten", — sondern sie gilt als entstanden, und als in so weit entstanden, — ein Rechtsschutz, der natürlich nur dann praktische Bedeutung hat, wenn der bezeichnete Bevollmächtigte auch wirklich erscheint und mit dem Dritten im Namen des Vollmachtgebers handelt.

Ebenso hat, um auf einige Details einzugehen, die Vollmacht nur dann praktische Bedeutung, wenn der Dritte die dem Bevollmächtigten erteilte Legitimation beim Abschluß des Rechtsgeschäfts kennt und sich bethätigen läßt: Lenel möchte — l. c. S. 22 — „nicht die Folgerung gezogen wissen, daß die dem Dritten unbekannt gebliebene öffentliche Vollmacht, weil sie diesem nicht entgegengehalten werden kann, auch dem Prinzipal nicht entgegengehalten werden könne. Wer eine Vollmacht öffentlich kundgiebt, zeigt dadurch den Willen, daß sie ohne Weiteres Jedem gegenüber wirken solle, und handelt darum gegen Treue und Glauben, wenn er sich zu seinem Vorteil darauf beruft, ein einzelner Dritter habe den Grund der Kundmachung nicht erfahren: er muß, mit andern Worten, gegen sich die Fiktion gelten lassen, daß dieser Inhalt allgemein bekannt sei".

Diese Unterscheidung, — die dem Dritten unbekannt gebliebene, öffentlich kundgegebene Vollmacht gelte für, nicht gegen den Dritten, — gegen, nicht für den Prinzipal, — hat m. Er. keinen Boden: damit die Wirkung des § 164 Abs. 1 eintrete, „genügt es nicht, — so: Thöl l. c. § 62 S. 204, — daß die Rücksichtnahme auf den Prinzipal eine zwar beiderseitige aber vereinzelte ist, sie muß eine zweiseitige, vertragsmäßige, sein"; macht also der unkundige Dritte eine Offerte an die Adresse des abwesenden Prinzipals, und nimmt der Bevollmächtigte, dessen öffentlich kundgegebene Vollmacht dem Dritten unbekannt geblieben ist, — das Offert an, ohne auf seine Vollmacht hinzuweisen, — so kommt nichts zu Stande, weder der Offerent, noch der Oblat ist gebunden.

Dagegen ist es ohne Belang, wenn die dem Vertreter

erteilte einschränkende Instruktion dem Dritten bekannt oder erkennbar geworden ist: was geht den Dritten die Instruktion an? er hat es lediglich mit der Vollmacht zu thun; vgl. Laband l. c. S. 206, Reichsg. XX S. 55; — auch hier wieder unterscheidet Lenel l. c. S. 24/26:

diese einschränkende Instruktion wirke nicht gegen den Prinzipal, — dieser könne mit Recht erwidern, die Frage der Einhaltung der Instruktion berühre nur ihn und seinen Vertreter, gehe aber Dritte nichts an;

sie wirke aber für den Prinzipal, weil es gegen die im Verkehr herrschenden Anschauungen von Treu und Glauben verstoßen würde, wenn der Dritte sich zu seinem Vorteil auf ein Geschäft berufen dürfte, das, wie er wußte oder wissen mußte, mittels Mißbrauchs der erteilten Vollmacht zu Stande gekommen ist, — der Dritte müsse die Folgen seines dolus oder seiner culpa tragen.

Auch dieses zweierlei Maß muß abgelehnt werden, es kommt lediglich darauf an, ob der Dritte arglistig gehandelt hat:

„selbst wenn — Laband l. c. S. 223/224 — der Dritte wußte, daß der Vertreter gegen die ihm erteilten Instruktionen oder Aufträge handelte, ist der Vertrag für den Vertretenen verbindlich; es sei denn, daß der Dritte sich eines wirklichen Betruges schuldig machte und mit einem pflichtwidrigen Prokuristen, Handelsgesellschafter, Aktiengesellschaftsvorstande absichtlich zur Beschädigung des Prinzipals, der Gesellschaft, des Aktienvereins Geschäfte schloß"; vgl. Entsch. des R.O.H.G. VI S. 136, R.G. IX S. 148/149.

Und ein drittes Mal unterscheidet Lenel l. c. S. 31 in dem Fall, wo der Dritte, ohne daß ihm der Widerruf erklärt wurde, doch auf anderem Wege um den an den Bevollmächtigten erfolgten Widerruf wußte oder wissen mußte:

der Widerruf wirke nur relativ; der Fall stehe ganz genau demjenigen gleich, wo der Dritte, dem eine Vollmacht unbeschränkt erklärt ist, von einer einschränkenden Instruktion Kenntnis habe oder haben müsse; d. h. der Dritte

könne, wenn er ſich trotz Kenntnis oder Erkennbarkeit des Widerrufs mit dem Vertreter auf Geſchäfte Namens des Prinzipals eingelaſſen habe, zwar aus ſolchen Geſchäften keine Rechte, insbeſondere keine Anſprüche wider den Prinzipal ableiten, müſſe aber gegen ſich die Vollmacht als fortbeſtehend gelten laſſen.

Schon die Vergleichung mit dem Fall der einſchränkenden Inſtruktion dürfte unzutreffend ſein, — denn eine ſolche Inſtruktion berührt den Beſtand der Vollmacht nicht, mit dem Widerruf aber erliſcht die Vollmacht, vorbehaltlich der Rechte des Dritten; — und weiter tritt auch hier ein einheitliches Reſultat ein: mit dem Kennen (Kennen-Müſſen) des Dritten, § 173, fällt die Anwendung des § 170 hinweg, — die Vollmacht iſt überhaupt nicht mehr in Kraft, — ſie iſt völlig erloſchen.

Eine relative Wirkung hat das Erlöſchen der Vollmacht in den Fällen der §§ 674, 729, — ſie gilt als fortbeſtehend zu Gunſten des Beauftragten und des Geſellſchafters, nicht aber zu Gunſten eines Dritten, der bei der Vornahme eines Rechtsgeſchäfts das Erlöſchen kennt oder kennen muß, § 169; und ein Mal gilt eine erloſchene Vollmacht als fortbeſtehend, obgleich ſowohl der Stellvertreter als der Dritte das Erlöſchen kennt, — nämlich in den gleichliegenden Fällen der §§ 672, 673, 727, in welchen nicht die Rückſicht auf den Beauftragten und auf den geſchäftsführenden Geſellſchafter, ſondern die Rückſicht auf den Auftraggeber und auf die übrigen Geſellſchafter entſcheidend iſt, Komm.-Prot. II. S. 519.

§ 4.

Zur Entſcheidung des oben S. 138 unterlegten Falles fehlt jetzt nur noch Klarheit über die rechtliche Natur der Ablehnung des Antiquars. —

Ich halte dieſelbe für eine einſeitige, empfangsbedürftige Willenserklärung, welche — falls ſie nicht ein Rechtsgeſchäft iſt, — doch den Vorſchriften für Rechtsgeſchäfte (Geſchäftsfähigkeit, Willensmängel) unterſteht, ähnlich wie die Anzeige i. S. des § 170.

Dieſe Willenserklärung des Antiquars, — daß er von der meinem Freunde erteilten Vollmacht keinen Gebrauch machen werde, — iſt wirkſam, ſobald ſie mir zugegangen iſt, § 130, und dies iſt der Fall, auch wenn ich in Folge meiner plötzlichen Abreiſe den Antwortbrief des Antiquars nicht mehr las: von dieſem Augenblick an iſt die Vollmachtserteilung — natürlich abgeſehen von einer etwaigen ſpäteren Erneuerung — für den Antiquar kraft ſeiner Zurückweiſung abgethan; wenn er trotzdem mit meinem Freunde als meinem Bevollmächtigten handelt, ſo handelt er auf ſeine Gefahr, — von einem Schutz ſeines guten Glaubens an die Vollmacht kann keine Rede mehr ſein.

Anders freilich, wenn der Antiquar nicht mehr zu handeln, ſondern nur noch meine Willenserklärung zu empfangen hat, — wenn alſo lediglich noch meine einſeitige Willenserklärung dem Antiquar gegenüber abzugeben iſt: hat der Antiquar mir ein Offert gemacht und ſich an dieſes Offert gebunden, ſo kann ich ihm die Annahme, wie durch Brief oder Boten, ſo durch beliebig welchen Bevollmächtigten erklären, — dieſem meinem Bevollmächtigten gegenüber hat der Antiquar lediglich die in § 174 normirten Befugniſſe[1]).

Es fragt ſich aber weiter, ob nicht die Ablehnung meines Freundes dieſelbe rechtliche Natur hat, wie die Ablehnung des Antiquars: mir ſcheint die Konſequenz und die ganze Struktur der Bevollmächtigung für Bejahung zu ſprechen, dahin, daß auch in dieſem Falle die Zurückweiſung der Vollmacht ein einſeitiges, abſtraktes Rechtsgeſchäft iſt.

Meine Erklärung an den Feund enthielt eine Auftragsofferte und — in Hoffnung der Annahme dieſer Offerte —

1) Anm. d. Red. Eine Ablehnung der einem Andern (durch Erklärung gegenüber einem Dritten) erteilten Vollmacht durch den Dritten (dem ja gar nichts angetragen iſt) dürfte überhaupt rechtlich nicht möglich ſein; der Dritte kann ſich thatſächlich weigern, mit dem Bevollmächtigten zu verhandeln: darin liegt dann eben die Weigerung, mit dem Vollmachtgeber zu verhandeln, und die Folgen ſind ganz dieſelben, wie wenn ſich der Dritte geweigert hätte, mit dem Vollmachtgeber zu verhandeln.

die Vollmachtserteilung: zwei rechtlich verschiedene Dinge; die Ablehnung des Freundes enthält entsprechend ebenfalls zwei verschiedene Erklärungen, die Ablehnung der Auftragsofferte und die Ablehnung der Vollmacht: warum diese letztere nicht eine rein abstrakte Willenserklärung sein solle, ist mir nicht ersichtlich, namentlich dürfte es ein Gegengrund nicht sein, daß die förmliche Annahme der Vollmacht — die Verpflichtung zur Ausübung derselben — jenseits der Vollmacht und bereits innerhalb des unterliegenden Rechtsgeschäfts steht.

§ 5.

Es erübrigt, in Kürze auf die Einwilligung § 183 zurückzukommen.

„Die Zustimmung ist als vorhergehende eine Ermöglichung rechtsgültiger Vollziehung der Handlung, für die anstatt des Namens der Einwilligung der Namen der Ermächtigung bezeichnender wäre, der zugleich darauf hinwiese, daß die Vollmachtserteilung ein Fall derselben ist," bemerkt Hölder, Kommentar I S. 383; damit übereinstimmend Zitelmann l. c. S. 81/87.

Dies scheint mir grundsätzlich unrichtig: die Vollmacht ist ein Instrument zum Abschluß eigener Rechtsgeschäfte, die Einwilligung betrifft als Thatbestandsergänzung fremde Rechtsgeschäfte, die, hingesehen auf die Willenserklärung des Einwilligenden, ebensogut unterbleiben können (s. auch Hölder l. c. S. 363);

der Wille des Einwilligenden ist zu dem Willen der Kontrahenten zu addieren, während der Wille des Vollmachtgebers und der des Vollmachtträgers gleichsam für einander fungibel sind, so Laband l. c. S. 193.

Und besteht ein Verkehrsbedürfnis, die Einwilligung derart zu objektivieren und von den unterliegenden Rechtsverhältnissen abzulösen, wie dies bei der Vollmacht z. B. im Falle öffentlicher Bekanntmachung derselben geschieht?

„Die Einwilligung ist — ebenso wie die Genehmigung — ein abstraktes Rechtsgeschäft" lehrt Planck I S. 235; die

abstrakte Fassung der (Genehmigung und) Einwilligung dürfte jedoch — und darauf scheint mir gerade der von § 167 Abs. 1 abweichende Wortlaut des § 182 Abs. 1 hinzudeuten — nur die Ausnahme, die kausale Verknüpfung der Einwilligung mit dem unterliegenden, eben die Notwendigkeit der Einwilligung ergebenden Rechtsverhältnis (zwischen dem Einwilligenden und dem Einwilligungsbedürftigen *oder* zwischen dem Einwilligenden und dem Dritten) dürfte für die überwiegende Mehrzahl der Fälle die Regel sein, — also gerade umgekehrt wie bei der Vollmacht; nur ist zuzusehen, ob auch wirklich ein Fall der Einwilligung vorliegt, so z. B. wird weder der Begriff der Einwilligung, noch der der Vollmacht in Frage kommen in dem von *Strohal*, Jahrbücher für Dogmatik XXX S. 187/189, gegen die freie und unverzichtbare Widerruflichkeit der Einwilligung, wie sie der erste Entwurf vorgesehen hatte, angeführten Falle: Blankoaccept, welches mit der Ermächtigung erteilt wird, dasselbe mit dem sich aus dem Rechtsverhältnis des Acceptanten zu dem Empfänger ergebenden Schuldbetrage des Ersteren auszufüllen; vgl. Komm.-Prot. I 144/145; angenommen, das Accept wird ausgefüllt, aber nicht weiterbegeben, sondern gegen den Acceptanten eingeklagt: ist hier der Acceptant ein *Dritter*? der einem *fremden* Geschäft zustimmt? und erteilt der Acceptant *Vertretungsvollmacht*? keineswegs, — es liegt nichts vor, als ein zwischen dem Geber und dem Nehmer des Accepts unter einer bestimmten Modalität geschlossenes Geschäft, vgl. R.O.H.G. VI S. 46/49; und eben diese Sachlage bleibt, auch wenn das Accept weiterbegeben wird.

Eben weil die Einwilligung der Abstraktion von dem unterliegenden Rechtsverhältnis nicht in dem Maße bedarf, wie die Vollmacht, leuchtet es ein, daß der Apparat der §§ 170–173 auf die Einwilligung *nicht übertragen* ist: hier sollen die unterliegenden Rechtsverhältnisse und zwar diese allein auf die Frage Antwort geben, in wie weit der gute Glaube des Dritten (des Nichteinwilligungsbedürftigen) zu schützen ist.

Litterarische Anzeigen.

Von **Staub's Kommentar zum H.G.B.**, 6. u. 7. Auflage ist nunmehr der erste Band, die §§ 1—342 H.G.B. umfassend, 1036 Seiten stark, erschienen. Was in der Anzeige Bd. 11 S. 138 der Jahrbücher von der ersten Lieferung gesagt ist, gilt für das ganze Werk, insbesondere ist die eingehende Behandlung auch der einschlägigen Abschnitte des B.G.B. zu rühmen, vrgl. z. B. die Exkurse über die Civilmakler S. 322 ff. und über die Gesellschaften des bürgerlichen Rechts im Handelsverkehr S. 1019 ff.

Vom **zweiten Band**, der etwa den halben Umfang des ersten haben und in einigen Monaten vollendet vorliegen soll, ist die erste Lieferung erschienen. Sie behandelt auf 190 Seiten die §§ 342—372; besonders wertvoll sind die eingehenden allgemeinen Erörterungen z. B. zu § 349 über „Rath, Empfehlung und Auskunft", zu § 350 über „die Form der Handelsgeschäfte" u. s. w. zu § 361 wird eine eingehende Erläuterung der §§ 145—155 BGB. gegeben. So bietet das treffliche Werk noch mehr als von ihm erwartet werden durfte.

Lehrbuch des Familien- u. Erbrechts von H. Mayer. Auf Grundlage des Reichsrechts neu bearbeitet von H. Mayer, Gerichtsnotar, u. Dr. R. Reis, Rechtsanwalt. Zweite und dritte Auflage. Zweiter Band: das Erbrecht. Stuttgart, Kohlhammer (Preis: broschiert 7 M.).

Das bekannte Mayer'sche Lehrbuch erscheint in diesem Werk in neuer Bearbeitung; die Darstellung ist erheblich eingehender, der das Erbrecht enthaltende zweite Band umfaßt (ohne das Register) 369 Seiten größeren Formats als die erste Auflage. Wie erwünscht das Werk der Praxis kommt, beweist die Thatsache, daß noch während des Drucks eine weitere Auflage hergestellt werden mußte. Von besonderem Wert für die Praxis, insbesondere in der Übergangszeit, dürfte die Darstellung des Verfahrens in Nachlaßsachen sein und ebenso die gegebenen praktischen Beispiele.

Die Gewährleistung beim Viehhandel nach dem BGB. Erläutert von R. Hirsch, R.A. in Ulm, in Verbindung mit L. Nagel, Oberamtstierarzt in Ulm. Erster (rechtswissenschaftlicher) Teil. (Stuttgart, Kohlhammer, Preis 3 M. 80 Pf.) Diese eingehende systematische Behandlung einer praktisch wichtigen Materie wird Allen erwünscht sein, die sich mit Viehmängel-Prozessen zu befassen haben. An die dem Gang des

BGB. sich anschließende Darstellung des Inhalts der §§ 481—492 BGB. knüpfen sich noch Erörterungen über „die Haftung im Falle der Arglist" und „Prozeßrechtliches". Ein Anhang enthält insbesondere die Motive des Bundesrats zur Kais. V.O. vom 27. März 1899 und die zur Auslegung dieser Verordnung wertvollen Verhandlungen der XXV. Plenarversammlung des deutschen Landwirtschaftsrats über den Entwurf dieser Verordnung.

Eine handliche und durch ein ausführliches Register noch besonders brauchbare **„Zusammenstellung der wesentlichsten reichsgesetzlichen sowie der württembergischen Ausführungs-Bestimmungen über Rechte an Grundstücken und Grundbuchwesen"** ist von Kanzleirat Bohn herausgegeben (Stuttgart, Kohlhammer; Preis: broschiert 2 M. 20 Pf.); sie wird vielfaches Nachschlagen in den einschlägigen zahlreichen Gesetzen und Verordnungen ersparen.

Den mehrfachen Ausgaben des **württ. Ausführungsgesetzes zum B.G.B.** reiht sich eine solche in handlicher Form von O.A.R. Adam in Sulz an (Berlin, Schulze, Preis: kartoniert 1 M.) mit kurzen Erläuterungen insbesondere zum dritten Abschnitt, aber ohne die Gesindeordnung.

Von dem in Bd. 7 S. 392 angezeigten **„Formularbuch zu den deutschen Prozeßordnungen"** ist die zweite Abteilung: **Formulare zur St.-P.-O.**, ebenfalls von A.R. Hugo Weizsäcker bearbeitet, erschienen (Berlin, Kühn; Preis: 2 M. 50 Pf.). Auch von dieser Abteilung gilt das a. a. O. von der ersten Abteilung Gesagte.

Gerichtskostenordnung und Gebührenordnung für Notare, Rechtsanwälte und andere in Rechtsangelegenheiten thätige Personen. Handausgabe mit der amtlichen Begründung, Erläuterungen und Berechnungstabellen von LGR. Dr. Haidlen, Stuttgart, Kohlhammer; Preis geb. 4 M.). Eine handliche Zusammenstellung der in Württemberg auf dem Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit bezüglich des Kostenwesens ergangenen neuen Vorschriften, wobei den einzelnen §§ die amtliche Begründung und weitere Erläuterungen beigefügt sind, unter Berücksichtigung der Praxis und Litteratur der schon seit längerer Zeit in Geltung befindlichen einschlägigen preußischen Gesetze, an die sich die württ. Verordnungen anlehnen. Beigefügt sind (von Bezirksnotar Daiber ausgearbeitete) Berechnungstabellen (auch über die Berechnung der Umsatzsteuer für Grundstücke) sowie ein Sachregister; ein willkommenes Hilfsmittel für die Praxis, die sich auf diesem Gebiet so vielfach auf ganz neuem Boden zu bewegen haben wird.

Pf.

I.

Entscheidungen des Oberlandesgerichts.

A. in Civilsachen.

10.

Zulässigkeit des Rechtswegs, wenn eine gegen den Staat auf Anerkennung einer Kirchenbaulast [1]) gerichtete Klage sich auf Königliche Reskripte aus der Zeit vor Geltung der Verfassung stützt; Auslegung solcher Reskripte.

Klägerin hat Klage erhoben mit dem Antrag festzustellen, daß Beklagter zur baulichen Unterhaltung der in der Königsstraße in Stuttgart gelegenen katholischen Skt. Eberhardskirche insolang verbunden worden sei, bis hiezu der Klägerin ein eigener Fonds ausgemittelt sein werde. Beklagter hat Klagabweisung beantragt.

Der Beklagte ist derzeit Eigentümer der Grundfläche dieser Kirche und der Kirche selbst; seit wann und wodurch er Eigentümer geworden ist, darüber sind die Parteien im Streit. Die Gründung der Kirche beruht auf einem Reskript des Königs Friedrich an das Hofbaudepartement vom 30. Oktober 1807 folgenden Inhalts: „Seine Königliche Majestät haben sich gnädigst entschlossen, zum Behuf der immer zunehmenden und zahlreicher werdenden katholischen Gemeinde zu Stuttgart die auf der Solitude stehende Kirche abbrechen und hieher in die Königsstraße auf den von Allerhöchstdem-

1) Vergl. Art. 132 E.G. zum B.G.B.

selben sich reservierten Bauplatz zwischen dem Mögling'schen und Frasinelli'schen Hause wieder aufbauen zu lassen, wollen daher dem K. Hofbaudepartement aufgegeben haben, desfalls die nötigen Ueberschläge — machen zu lassen. —" Wegen der Beschaffung der inneren Einrichtung der Kirche „aus einer der angesehensten aufgehobenen Klosterkirchen" werde sich das Hofbaudepartement mit der K. Oberfinanzkammer in Verbindung setzen. Die Baukosten der Kirche sind auf Anweisung des K. Finanzministeriums durch die K. Generalstaatskasse ausbezahlt worden.

Am 4. Januar 1817 richtete König Wilhelm I folgendes Reskript an den Finanzminister: „Da ich befohlen habe, daß die bisher auf dem Etat der Bau- und Gartenkasse gestandene katholische Pfarrkirche allhier und ihre Unterhaltung an das K. Finanzdepartement auf so lange übergeben werden soll, bis ein eigener Fonds für solche ausgemittelt werden wird, so eröffne ich solches dem Finanz-Minister, damit er seines Orts das Weitere hienach verfüge." Den Inhalt dieses Reskripts hat der Katholische Kirchenrat am 23. Januar 1817 dem Dekanat Stuttgart „zur Nachachtung und um sich in vorkommenden Fällen an die bezeichnete Behörde wenden zu können" bekannt gemacht. In einem Bericht des Finanzarchivs in Ludwigsburg vom 19. Februar 1897 ist angeführt, daß nach den Rechnungen der Bauverwaltung Stuttgart von 1811/12 ff. die Unterhaltung der in Rede stehenden Kirche auf die Staatskasse übernommen worden sei und in den Akten der Sektion des Landesbauwesens sich sodann folgender „Beschluß" vom 2. August 1817 finde: die katholische Kirche zu Stuttgart sei „als Königliches, an die Oberfinanzkammer abgetretenes Gebäude in das Verzeichnis aufzunehmen".

Klägerin hat das Reskript vom 4. Januar 1817 dahin ausgelegt, daß dadurch das Eigentum an der Kirche samt der Verpflichtung zu deren baulicher Unterhaltung von König Wilhelm auf den Staat übertragen worden sei. Sie hat weiter geltend gemacht: das Reskript stelle sich als (Finanz-) Gesetz dar; es lasse sich aber auch auffassen als eine Schen-

kung an den Staat, wodurch die Kirche unter der Auflage, sie baulich zu unterhalten, dem Staat zu Eigentum überlassen worden sei, oder — wie in dem Berufungsverfahren weiter geltend gemacht wurde — als Schenkung an die Klägerin, wodurch ihr ein Anspruch auf bauliche Unterhaltung der Kirche durch den Staat verliehen worden sei. Von allen diesen Gesichtspunkten aus sei ein privatrechtlicher Anspruch der Klägerin und eine privatrechtliche Verpflichtung des Beklagten begründet worden; sollte je durch das Reskript, sofern es als Gesetz in Betracht komme, eine öffentlichrechtliche Verpflichtung des Staats begründet worden sein, so habe doch der Civilrichter hierüber zu entscheiden, weil die Baulast nicht in den heutigen öffentlichrechtlichen Verhältnissen wurzle.

Klägerin hat weiterhin den Beklagten als Fundator und Patron der Kirche für deren bauliche Unterhaltung in Anspruch genommen, den die Baulast treffe, weil sie ohne Mittel zur baulichen Unterhaltung der Kirche sei. Gegenüber dem Einwand des Beklagten, daß er kein Vermögen der Kirche im Besitz habe und Fundator einer Kirche nur sei, wer unter Aufgabe des Eigentums Grund und Boden für eine Kirche hergebe und ihn, weil keine dieser Voraussetzungen zutreffe, die Baulast als Patron und Fundator nicht treffe, hat Klägerin bemerkt: nach heutigem Recht genüge zur Erwerbung des Patronatsrechts aus dem Titel der Fundation die Uebernahme der Baukosten und der Unterhaltungspflicht und der Patron könne, auch wenn er nicht Nutznießer kirchlichen Vermögens sei, aus freien Stücken die bauliche Unterhaltung für alle oder begrenzte Zeit übernehmen.

Im Berufungsverfahren hat endlich Klägerin für Begründung der Klage noch den Gesichtspunkt angedeutet, daß der in dem Reskript von 1817 erwähnte Fonds zweifelsohne aus eingezogenem Kirchen- oder Klostergut hätte genommen werden sollen und „kirchenbauliche Ansprüche, die mit dem Einzug von Kirchengut irgend in Beziehung stehen," zur Zu-

ständigkeit des Civilrichters gehören. Die Klage ist unter Verwerfung der Einrede der Unzulässigkeit des Rechtswegs abgewiesen worden.

Aus den

Gründen

des Berufungsurteils.

I. Es handelt sich zunächst darum, ob der Rechtsweg in Betreff aller gemachten Klagegründe zulässig ist. Diese Frage ist jedenfalls dann zu bejahen, wenn der erhobene Anspruch so wie er geltend gemacht wird, falls er begründet ist, sich als ein privatrechtlicher darstellt. Dies trifft im gegenwärtigen Fall hinsichtlich aller Klagegründe zu.

1. Unterstellt man, das Reskript vom 4. Januar 1817 habe — wie Klägerin behauptet — eine Verpflichtung des Beklagten zur baulichen Unterhaltung der Skt. Eberhardskirche begründet (oder anerkannt), so fragt sich, welcher Art diese Verpflichtung wäre, und es wäre denkbar, daß die Antwort auf diese Frage verschieden ausfallen müßte, je nachdem das Reskript als ein Gesetz oder als ein Schenkungsakt aufzufassen sein sollte. In Wirklichkeit muß aber die Antwort unter allen Umständen dahin gehen, daß die Verpflichtung des Beklagten eine privatrechtliche wäre.

a) Soweit die Klage darauf gestützt ist, daß das Reskript von 1817 Gesetzeskraft habe, verneint der vorige Richter die Zulässigkeit des Rechtswegs, weil ein durch Verfügung des Königs als Staatsoberhaupts begründetes Rechtsverhältnis dem öffentlichen Recht angehöre. Dieser Satz ist aber in solcher Allgemeinheit nicht richtig. Wenn König Wilhelm in der Zeit vor Einführung der Verfassung ein Gesetz erließ, wodurch einem Einzelnen oder einer privaten oder öffentlichen Körperschaft ein vermögensrechtlicher Vorteil, ein Anspruch gegen den Staat eingeräumt wurde, so lag die Erteilung eines Privilegiums im engern und technischen Sinn vor, eine einer Einzelperson durch staatliche Verleihung gewährte rechtliche Begünstigung. Der Klägerin wäre also ein Privilegium erteilt worden, wenn das Reskript als Gesetz

die behauptete Verpflichtung des Beklagten begründet hätte. Privilegien aber können den verſchiedenartigſten öffentlich- oder *privatrechtlichen* Inhalt haben. Eine einem einzelnen Beamten oder Künſtler durch Privilegium gewährte Unterſtützung z. B. hätte privatrechtlichen Charakter. So wäre auch der (wie unterſtellt wird) der Klägerin durch das angebliche „Geſetz" vom 4. Januar 1817 eingeräumte Anſpruch gegen den Beklagten ein privatrechtlicher: ein gleicher Anſpruch hätte einer beliebigen Privatperſon — z. B. dem Eigentümer einer alten, künſtleriſch hervorragenden Kapelle — eingeräumt werden können und zur Begründung der auf die Einräumung geſtützten Klage iſt keineswegs die Darlegung weſentlich, daß Klägerin eine gewiſſe öffentlich-rechtliche Stellung hat, wie dies etwa der Fall wäre, wenn ein Reſkript des Königs Wilhelm von 1817 verfügt hätte, daß der Staat die Baulaſt an allen bis zur Einverleibung in Württemberg einem gewiſſen Bistum angehörigen Kirchen zu übernehmen habe. Ein einem Einzelnen gewährter Rechtsanſpruch wurzelt nicht ſchon deshalb im *öffentlichen* Recht, weil er unmittelbar auf Geſetz und nicht auf einem Rechtsgeſchäft beruht oder weil der Rechtsträger eine Körperſchaft des öffentlichen Rechts iſt; es kommt vielmehr auf die Natur des durch das Geſetz geſchaffenen Anſpruchs an; einen Anſpruch auf Tragung der in Rede ſtehenden Kirchenbaulaſt hätte in gleicher Weiſe ein Privatmann gegen ſich (durch Rechtsgeſchäft) als privatrechtlichen begründen können und es iſt nicht einzuſehen, warum er ein öffentlich-rechtlicher lediglich deshalb ſein ſollte, weil ihn der Inhaber der Staatsgewalt einſeitig durch Geſetz geſchaffen hat.

Zudem iſt in Württemberg der Satz Rechtens, daß Verbindlichkeiten zu Leiſtungen für öffentliche Zwecke als privatrechtliche anzuſehen ſind, wenn ſie nicht aus der öffentlich-rechtlichen Aufgabe des Staats nach dem *heutigen* öffentlichen Recht folgen: „jede derartige Verpflichtung, welche einem nach dem öffentlichen Recht hiezu nicht verpflichteten Subjekt obliegt, (iſt) eine privatrechtliche und nur als ſolche

denkbar. Dies ist anerkannt, auch wenn durch einen besonderen Rechtstitel der Staat zu einer Leistung für öffentliche Zwecke abweichend von dem bestehenden öffentlichen Recht verpflichtet ist[1])."

Die Kirchenbalast liegt nun nach dem in Württemberg geltenden öffentlichen Recht dem Staat nicht ob, die angebliche gesetzliche Verpflichtung des Beklagten zur baulichen Unterhaltung der klagenden Kirche kann daher nach dem angeführten Grundsatz — falls sie überhaupt besteht — nur eine privatrechtliche sein. Art. 10 Ziff. 16 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege vom 16. Dezember 1876 trifft nicht zu[2]).

b) Soweit — wie Klägerin behauptet — in dem Reskript von 1817 eine Schenkung an den Staat mit einer Auflage zu Gunsten der Klägerin oder eine Schenkung an Klägerin enthalten sein sollte, hat Beklagter und der Unterrichter die privatrechtliche Natur des Anspruchs mit Recht nicht beanstandet. Denn das behauptete Rechtsverhältnis würde in keiner Weise im öffentlichen Recht wurzeln, es könnte in gleicher Weise zwischen zwei Privatpersonen bestehen; der Umstand, daß die Subjekte des angeblichen Rechtsverhältnisses Persönlichkeiten des öffentlichen Rechts sind, stempelt für sich allein den behaupteten Anspruch nicht zu einem öffentlich rechtlichen.

2. Ein privatrechtlicher Anspruch liegt auch vor, soweit die Klage darauf gestützt wird, daß Beklagter als (Fundator und) Patron der Kirche die Baulast habe. Denn der Staat als solcher hat nach württembergischem Recht kein

---

1) Sarwey: Das öffentliche Recht und die Verwaltungsrechtspflege § 23, insbesondere S. 339—40; auch schon im Württ. Archiv Bd. 15 S. 84 ff., übereinstimmend: Gaupp Anhang zur C.P.O. S. 14 Ziff. 2; Mosthaf und die Kreisregierung Reutlingen im Württ. Archiv Bd. 21 S. 289 ff.; Sarwey ebenda Note 3; Urteil des Verwaltungsgerichtshofs im Württ. Archiv Bd. 22 S. 327 ff., Steinheil: das Gesetz wegen Ablösung von Leistungen für öffentliche Zwecke S. 69—77 und Art. 1 Abs. 1. dieses Gesetzes.

2) Vergl. auch Hohl das Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege Seite 134—35.

Patronat bezüglich der katholischen Kirchen (vergl. Art. 2 des Gesetzes vom 30. Januar 1862); soweit es daher im Einzelfall dem Staat zusteht, ist es — als auf „besonderem Rechtstitel" beruhend — als Privatrecht anzusehen[1]).

3. „Ansprüche" ferner „auf Bestreitung kirchlicher Bedürfnisse auf Grund der Einziehung kirchlichen Vermögens sind" — gemäß dem oben 1 a erwähnten Grundsatz — „nur als privatrechtliche zu konstruieren", sofern nicht die bei der Einziehung getroffene einschlägige gesetzliche Vorschrift noch ein Teil des geltenden öffentlichen Rechts ist[2]), wovon im gegenwärtigen Fall keine Rede ist.

II. Nach dem Bisherigen ist der Rechtsweg für die Klage nach allen ihren Richtungen zulässig, die Berufung somit begründet, sofern sie das richterliche Urteil insoweit anficht, als es die Klage wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs zurückgewiesen hat. Da aber der vorige Richter nicht „nur über prozeßhindernde Einreden", sondern auch in Betreff mehrerer Klagegründe sachlich entschieden hat, kann die Sache nicht auf Grund des § 500 Ziff. 2 C.P.O.[3]) an das Gericht erster Instanz zurückgewiesen werden, vielmehr hat das Berufungsgericht auch in Betreff des vom Unterrichter wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs zurückgewiesenen Klagegrunds zur Sache zu entscheiden; daß dadurch den Parteien die sachliche Prüfung dieses Streitpunkts durch das Gericht erster Instanz entgeht, ist kein Hindernis: der gleiche Fall tritt auch sonst ein, z. B. wenn im Berufungsverfahren neue Einreden oder in zulässiger Weise neue Ansprüche erhoben werden.

III. Was die Begründung der Klage im Allgemeinen anlangt, so mag richtig sein, daß keine Vermutung dafür besteht, daß Leistungen des Staats für eine Religionsge-

---

1) Vergl. Sarwey: Oeffentliches Recht § 22. S. 336; Seuffert Bd. 4 Nr. 251 Ziff. 7; Urteil des Reichsgerichts i. S. Oberkochen g. Fiskus.

2) Sarwey a. a. O. § 61 Zusatz 2 S. 603.

3) Neue Fassung § 538 Ziff. 2.

meinschaft der allgemeinen Staatsfürsorge entspringen. Aber jedenfalls besteht auch dafür keine Vermutung, daß solche Leistungen auf einer (privatrechtlichen) Verpflichtung des Staates beruhen. Wer eine derartige Behauptung aufstellt, muß sie beweisen; die Behauptung des Beklagten, die für die Skt. Eberhardskirche erfolgten Leistungen seien ein Ausfluß der allgemeinen Staatsfürsorge gewesen, stellt sich nicht als Einrede dar, sondern als Leugnung des Klagegrunds.

IV. Was nun zunächst den Inhalt des Reskripts von 1817 betrifft, das die Hauptstütze der Klage bildet, so mag unterstellt werden, daß dadurch das Eigentum an der Kirche auf den Beklagten übertragen worden ist, und man mag daraus weiter folgern, daß eine etwaige Verpflichtung zur baulichen Unterhaltung der Kirche ebendamit auf den Staat übergegangen ist. Die entscheidende Frage ist aber eben die, ob vor dem Reskript eine rechtliche Verpflichtung des Königs zur baulichen Unterhaltung der Kirche bestanden hat, die das Reskript auf den Staat übertragen hätte, oder ob das Reskript eine solche Verpflichtung (des Staats) geschaffen hat. Diese Frage läßt sich nicht bejahen. Das Reskript ordnet an, daß die katholische Pfarrkirche „und ihre Unterhaltung" an das K. Finanzdepartement übergeben werden soll. Diese Wendung spricht dagegen, daß eine Verpflichtung zur baulichen Unterhaltung erst geschaffen werden wollte, sie weist vielmehr auf einen bestehenden Zustand hin, der in etwas veränderter Form fortdauern sollte.

Sodann aber läßt der Wortlaut des Reskripts nicht erkennen, daß eine (rechtliche) Verpflichtung zur baulichen Unterhaltung der Kirche und ein entsprechender Rechtsanspruch der Klägerin begründet oder anerkannt werden wollte: der König konnte sich ganz wohl so wie geschehen ausdrücken, wenn er eine solche Verpflichtung weder begründen noch anerkennen, sondern lediglich anordnen wollte, daß in gleicher Weise wie bisher, nämlich nach dem von Rücksichten der allgemeinen Staatsfürsorge geleisteten Ermessen des Königs oder der Staatsregierung, die bauliche Unterhaltung

der Kirche aus öffentlichen Mitteln, nur aus einer andern Kasse als bisher, erfolgen solle. Der Inhalt des fraglichen Reskripts für sich allein gibt mindestens keinen genügenden Anhaltspunkt dafür an die Hand, daß eine Verpflichtung des Beklagten, ein Rechtsanspruch der Klägerin geschaffen oder anerkannt wurde. Die Mitteilung des Inhalts des Reskripts an das Dekanat aber „zur Nachachtung und um sich in vorkommenden Fällen an die bezeichnete Behörde wenden zu können" konnte ebenso gut geschehen, wenn in Aussicht gestellt war, daß der Staat auch künftig die Kosten der baulichen Unterhaltung der Kirche tragen werde, als wenn eine rechtliche Verpflichtung hiezu begründet war. Wenn das Reskript daher als Gesetz aufzufassen sein sollte (wogegen übrigens sein Inhalt wie der Umstand spricht daß es nicht in dem seit 1807 bestehenden Regierungsblatt veröffentlicht worden ist), so könnte ihm kein weiterer Inhalt mit Sicherheit beigelegt werden, als der, daß die Kirche künftig als Staatseigentum behandelt und die Kosten der baulichen Unterhaltung, soweit sie aus Gründen der Staatsfürsorge auf öffentliche Mittel übernommen werden würden, aus der Staatskasse (und nicht mehr aus der Bau- und Gartenkasse) bestritten werden sollen. Sollte das Reskript eine Schenkung der Kirche Seitens des Königs an den Staat enthalten, so könnte nach dem Ausgeführten die Auflage einer rechtlichen Verpflichtung zur baulichen Unterhaltung an den Staat nicht darin gefunden werden. Eine Schenkung an die Klägerin aber, d. h. die Einräumung eines Rechtsanspruchs gegen den Staat auf bauliche Unterhaltung der Kirche läßt sich nach dem Bisherigen keineswegs in dem Reskript erblicken, wie denn schon dessen Form — der Umstand, daß es sich an den Finanzminister richtet und nicht an die Klägerin, der es nur „zur Nachachtung" mitgeteilt wurde — entschieden gegen eine solche Schenkung spricht.

V. Auch außerhalb des Reskripts von 1817 liegende Umstände, die darauf hinweisen würden, daß jenes Re-

skript eine Verpflichtung des Königs beziehungsweise Staats zur baulichen Unterhaltung der Kirche voraussetzt oder anerkennt beziehungsweise begründet, sind nicht vorhanden. Das Reskript des Königs Friedrich vom 30. Oktober 1807 erwähnt die bauliche Unterhaltung der Kirche mit keinem Wort; die Erstellung der Kirche stellt sich nach dem Inhalt des Reskripts als Akt freier Gnade des Königs dar und es ist von vornherein durchaus unwahrscheinlich, daß sich der absolute König — insbesondere eine Persönlichkeit wie König Friedrich — in Betreff der Tragung der Kosten der baulichen Unterhaltung der Kirche damals oder später rechtlich zu binden gesonnen gewesen sein sollte, wenn er auch diese Kosten thatsächlich getragen hat und vielleicht von Anfang an zu tragen entschlossen gewesen sein mag: einen rechtlichen Verpflichtungsakt in Betreff dieses Punkts hat Klägerin nicht nachzuweisen vermocht.

Darin sodann, daß Beklagter in den beiden Baufällen von 1836 und 1868 je mit erheblichen Kosten bauliche Ausbesserungen der Kirche hat ausführen lassen, scheint Klägerin selbst ein verpflichtendes Anerkenntnis des Beklagten in betreff der Tragung der Baulast nicht zu sehen, und mit Recht: denn abgesehen von der Frage, ob die betreffenden Behörden zu einer derartigen Anerkennung befugt gewesen wären, fehlt jeder Anhaltspunkt dafür, daß ihre Absicht auf Anerkennung einer Verpflichtung gegangen ist. Aber auch in dem Sinn kann Klägerin diese Baufälle nicht verwerten, daß sich aus ihnen die Ansicht der betreffenden Behörden, insbesondere des Finanzministeriums, ergebe, es bestehe die beanspruchte Baupflicht des Staats, und daß daraus der Schluß zu ziehen sei, Beklagter sei in der That zur baulichen Unterhaltung der Kirche verpflichtet. Wenn die betreffenden Behörden je jene Ansicht gehabt haben sollten, so ließe sich daraus nach Lage der Sache der erwähnte Schluß nicht ziehen, weil die damaligen Behörden leicht einer irrigen Auffassung des Inhalts der kgl. Reskripte von 1807 und 1817 gefolgt sein können und ein solcher Irrtum für den Richter selbstver-

ständlich nicht maßgebend sein kann. Weiter aber ist keineswegs die Annahme geboten, die baulichen Ausbesserungen von 1836 und 1868 seien vom Beklagten in der Meinung erfolgt, es liege ihm eine rechtliche Verpflichtung hiezu ob: der Staat mochte sich aus Gründen der Fürsorge für die religiösen Bedürfnisse seiner katholischen Angehörigen — zumal bei der Vermögenslosigkeit der Klägerin und in Anbetracht der ihm durch die Säkularisationen von Kirchengut zugeflossenen Vorteile — veranlaßt sehen, der Aufforderung zu baulichen Ausbesserungen ohne weiteres nachzukommen, auch wenn er eine Verpflichtung zu solchen Leistungen nicht anerkannte: die Thatsache, daß Beklagter über 48 Jahre lang die Verpflichtung zur baulichen Unterhaltung der Kirche — angeblich — nicht bestritten hat, vermag eine solche Verpflichtung nicht zu begründen (von dem unten zu erörternden Gesichtspunkt der Ersitzung abgesehen): eine vertragsmäßige Bindung des Beklagten[1]) ist in der Vornahme und Annahme dieser Ausbesserungen unter den obwaltenden Umständen keinenfalls zu finden.

VI. Von einer Ersitzung des Anspruchs auf Tragung der Kosten der baulichen Unterhaltung der Kirche durch den Beklagten Seitens der Klägerin kann keine Rede sein. Klägerin selbst geht mit Recht davon aus, daß nur ein dingliches Recht, kein bloß obligatorischer Anspruch ersessen werden kann. Aber ihre Behauptung: die (angebliche) Verpflichtung des Beklagten würde — als Reallast — auf dem Grundstück ruhen, worauf die Kirche gebaut ist, entbehrt jeder thatsächlichen Begründung, ist durchaus willkürlich und haltlos. Es bedarf daher keines Eingehens auf die Frage, ob eine Reallast der von der Klägerin behaupteten Art überhaupt durch (außerordentliche) Ersitzung und nicht vielmehr lediglich durch unvordenkliche Verjährung entstehen kann.

VII. Klägerin hat weiter ihren Anspruch darauf zu stützen gesucht, daß Beklagter als Fundator Patron der St. Eberhardskirche und in dieser Eigenschaft zu deren bau-

1) Vergl. Seuffert Bd. 40 Nr. 127.

lichen Unterhaltung (bei der Vermögenslosigkeit der Klägerin) verpflichtet sei. Es kann dahingestellt bleiben, ob Beklagter Patron der Kirche ist. Denn nach der ständigen Rechtsprechung des früheren Obertribunals [1]) „ist der Patron nicht schon als solcher, sondern nur bei gleichzeitigem Besitz kirchlichen Vermögens" (im Fall der Vermögenslosigkeit der Kirche) „baupflichtig"; von der gleichen Auslegung des maßgebenden Anspruchs in Conc. Trid. Sess. 21 c. 7 de reform. geht auch das Reichsgericht[2]) aus und es liegt kein Grund vor, von dieser Auffassung abzugehen, da die angeführte Stelle jedenfalls keinen sichern Anhaltspunkt für eine der Klägerin günstige Auslegung giebt. Daß aber Beklagter kein Vermögen der in Betracht kommenden Kirche besitzt und keine Nutzungen aus solchem Vermögen bezieht, ist außer Streit. Auch diese Klagebegründung ist daher unzutreffend.

Freilich wäre es möglich, daß König Friedrich oder König Wilhelm I (als Patron der Skt. Eberhardskirche) sich freiwillig dazu entschlossen hätte, die Verpflichtung zur baulichen Unterhaltung der Kirche zu übernehmen (welche Verpflichtung dann das Reskript von 1817 auf den Staat übertragen hätte); aber daß dies in der That geschehen ist, hätte Klägerin nachzuweisen und an diesem Beweis fehlt es eben nach dem oben unter Ziff. IV Ausgeführten.

VIII. Wenn schließlich Klägerin noch den Gedanken gestreift hat, ob nicht Beklagter infolge der unter König Friedrich erfolgten Einziehung von Kirchen- und Klostergut (gemäß § 35 des Reichsdeputationshauptschlusses) zur baulichen Unterhaltung der Kirche verpflichtet ist, so ist dies zu verneinen; denn der § 35 des Reichsdeputationshauptschlusses hat den Landesfürsten oder Staaten (von gewissen, hier nicht zutreffenden Ausnahmen abgesehen) keine rechtliche Verpflichtung in Betreff der Verwendung des eingezogenen Kirchen- und Klosterguts auferlegt[3]).

1) Vergl. Seuffert Bd. 14 Nr. 154 Note 3.
2) Seuffert Bd. 40 Nr. 128.
3) Vergl. Seuffert Bd. 37 Nr. 30 S. 188; 23 Nr. 241; Reichs-

Urteil des I. Civilsenats vom 16. Mai 1899 i. S. der katholischen Pfarrgemeinde zu Skt. Eberhard g. Fiskus.

11.

Zulässigkeit des Rechtswegs auf Grund vertragsmäßiger Festsetzung über die Pflicht zur Unterhaltung eines Flußwehrs?

Durch Kaufvertrag vom 20. April 1846 erwarb J. M. von B. um 18450 fl. von der Beklagten deren an der Steinlach gelegene „untere" Mühle. In § 11 des Kaufvertrags ist bestimmt, daß der Käufer „das Wehr bei seiner Mühle, somit das sog. große Wehr bei Seifensieders L. Haus zu unterhalten habe", daß „dem Mühlkäufer die Unterhaltung der Mühlgräben und Stellfallen obliege, wogegen aber die Gemeinde die Unterhaltung der beiden unteren kleinen Wehre bei der unteren Mühle übernehme."

Ausschließlich auf diesen Vertrag sich stützend, hat Kläger, nachdem das 14 Meter unterhalb seines Mühlwehrs gelegene Wehr A^1 B^1 reparaturbedürftig geworden, bei dem Landgericht T. Klage dahin erhoben, daß die Bekl. verurteilt werde, anzuerkennen, daß sie das 14 Meter unterhalb des bei der Gemeindebackküche in M. im Steinlachbette gelegenen Wehres des Kl. liegende Wehr zu unterhalten verpflichtet sei.

Nachdem sodann von Seiten des Gerichtes die Parteien darauf aufmerksam gemacht worden waren, daß in erster Linie die Frage der Zulässigkeit des Rechtsweges in Betracht kommen und insbesondere Behauptungen darüber zu vermissen seien, wer der dinglich Berechtigte bezüglich des streitigen Wehres selbst sei, wurde das letztere vom Kläger als der Beklagten, von der Beklagten als dem Kläger gehörig bezeichnet. Dazu wurde seitens des Klägers bemerkt, daß, falls auch die Beklagte kraft öffentlichen Rechtes das Wehr zu unterhalten gehabt haben sollte, durch den Vertrag vom

gericht Bd. 2 Nr. 89 S. 343; Sarwey: Oeffentl. Recht § 61 Zus. 2. S. 603.

20. April 1846 jedenfalls eine privatrechtliche Verpflichtung der Beklagten begründet worden sei; daß die Steinlach ein öffentlicher Fluß sei, werde zugegeben. Kläger habe die Mühle mit ihren bisherigen Rechten und Lasten 1861 durch Kauf erworben. Seitens der Beklagten wurde die Entstehung einer privatrechtlichen Unterhaltungspflicht bestritten.

Das Berufungsgericht hat die Klage wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs abgewiesen aus folgenden

Gründen:

Nachdem die zu erschöpfender Beurteilung des Klaganspruchs unerläßliche Ergänzung des Parteivorbringens herbeigeführt worden ist, zeigt sich, daß die seitens des Klägers der Beklagten angesonnene, von der Beklagten bestrittene Unterhaltungspflicht, falls sie besteht, nicht privatrechtlicher Natur ist.

Klägerin behauptet, daß die Beklagte durch § 11 des Kaufvertrags vom 20. April 1846 gegenüber dem damaligen Käufer (und dessen Nachfolgern im Eigentum) der unteren Mühle sich verpflichtet habe, das 14 Meter unterhalb seines Mühlwehrs im Steinlachbett gelegene, der Beklagten gehörige Wehr zu unterhalten. Die Steinlach ist zweifellos ein öffentliches Gewässer[1]). Kläger bezeichnet das Wehr als ein nur zum Schutze des Flußbettes gegen Austiefung angebrachtes Werk.

Die Fluß- und Uferbaulast entbehrt allerdings zur Zeit noch gesetzlicher Regelung[2]); allein es darf als ein gegenwärtig, wie zur Zeit des Abschlusses des Kaufvertrags von 1846 geltender Rechtssatz ausgesprochen werden, daß die Gemeinde, die in öffentlichen Gewässern innerhalb ihrer Markung errichteten, ihr gehörigen (soweit diese Beziehung mit Rücksicht darauf, daß das Bett des öffentlichen Flusses nicht im

1) Siehe auch die Anlage zu den Motiven des Entwurfs eines Flußbaugesetzes in Bd. VII. S. 783 der Verhandlung der Kammer der Abgeordneten 1895/98.

2) Zu vergl. der angeführte Entwurf S. 735 und Kammerverhandlung von 1835 Bd. 3. S. 195 ff.

Eigentum der Gemeinde steht, anwendbar ist), zur Erhaltung des regelmäßigen Flußlaufes bestimmten Bauten zu unterhalten schuldig ist. Diese Baulast ist notwendig gegeben durch das öffentliche Interesse, und für ihre Erfüllung seitens des Pflichtigen sorgt das Oberaufsichtsrecht des Staates über die öffentlichen Gewässer. Diese Unterhaltungspflicht ist also öffentlich rechtlicher Natur, und es muß nach den thatsächlichen Behauptungen des Klägers angenommen werden, daß sie bezüglich des streitigen Wehres der bekl. Gemeinde oblag, und zwar vor wie nach dem Kaufvertrage vom 20. April 1846. Daß die Beklagte gegenüber von einer dritten Person aus privatrechtlichem Grunde zur Erhaltung des Wehres verpflichtet gewesen sei, ist weder geltend gemacht noch erkennbar.

Wenn nun in dem genannten Kaufvertrag der Behauptung des Klägers zufolge die Unterhaltungspflicht bezüglich der Wehren AB und $A^1 B^1$ dahin geregelt wurde, daß die Unterhaltung des ersteren der Käufer, diejenige des letzteren die Beklagte zu übernehmen versprochen habe, so ist insolange in letzterer Zusage eine Bestätigung der ohnedies bestehenden öffentlichrechtlichen Unterhaltungspflicht der Beklagten dem Käufer gegenüber zu finden, als nicht die Begründung einer neuen privatrechtlichen Verbindlichkeit sich ersehen läßt. Denn auch öffentlich rechtliche Verbindlichkeiten können Gegenstand der Uebereinkunft zwischen den Beteiligten sein, ohne daß sie deshalb ihre öffentlichrechtliche Natur verlieren. Um durch Uebereinkunft neben der bestehenden öffentlichrechtlichen Verpflichtung ein neues, von den öffentlichrechtlichen Normen unabhängiges Rechtsverhältnis für begründet annehmen zu können, ist insbesondere für erforderlich zu erachten, daß die in dem öffentlichen Recht wurzelnde Verbindlichkeit irgend eine Veränderung ihres Inhalts erleide[1]). In dieser Richtung liegt aber nur die als jeder thatsächlichen Begründung ermangelnd nicht beachtliche Behauptung des Klägers vor, daß durch den in Rede stehenden

1) Württ. Archiv I. 275. 411. II. 13. 316. XIV. 266. XV. 66. 69. Württ. Ger. Bl. VIII. 345. 346. 350. 387. Württ. Jahrb. VII. 113. 347.

Vertrag eine privatrechtliche Pflicht der Beklagten geschaffen worden sei.

Nach der dem Klaganspruch gegebenen Begründung handelt es sich also um einen Streit mehrerer Beteiligten über eine nicht privatrechtliche Verbindlichkeit zu Flußbauten, für dessen Entscheidung nach Art. 10 Ziff. 24 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege vom 16. Dezember 1876 die Verwaltungsgerichte zuständig sind. Somit war von Amtswegen das nach materieller Prüfung des streitigen Anspruchs die erhobene Klage abweisende Urteil des Unterrichters dahin abzuändern, daß die Klage wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs zurückzuweisen ist.

Urteil des II. Civilsenats vom 18. Mai 1899 in Sachen Streib gegen Mössingen.

12.

Zum Begriff des „Wohnsitzes“ [1]).

Gegen eine Klage, die in Betreff der Zuständigkeit des angerufenen Landgerichts Stuttgart darauf gestützt war, daß Beklagter in Hoheneck O.A. Ludwigsburg seinen Wohnsitz habe, hat Beklagter die Einrede der (räumlichen) Unzuständigkeit des angerufenen Gerichts vorgeschützt mit der Behauptung, er habe seinen Wohnsitz in Wannweil O.A. Reutlingen. Das Berufungsgericht hat diese Einrede verworfen aus folgenden, den Sachverhalt ergebenden

Gründen:

In erster Linie kann nicht angenommen werden, daß der Beklagte seinen Wohnsitz in Wannweil genommen habe. Zur Begründung des Wohnsitzes im civilrechtlichen Sinne, welcher mit dem prozessualen Begriffe des Wohnsitzes übereinstimmt, ist der Wille erforderlich, an einem bestimmten Orte dauernden Aufenthalt zu nehmen und diesen Ort als Mittelpunkt seiner Rechtsverhältnisse, seiner beruflichen Thätigkeit und seines gesellschaftlichen Verkehrs zu haben,

1) Vergl. § 7 ff. B.G.B.

sowie die Verwirklichung dieses Willens durch die entsprechende That, also dadurch, daß an jenem Orte Aufenthalt genommen wird. Nun ist zwar unbestritten, daß der Beklagte, nachdem er schon einige Jahre außerhalb seines Geburtsortes Hoheneck, woselbst sein Vater, der Weingärtner J. G. A., bis zu seinem am 3. September 1891 erfolgten Tode seinen Wohnsitz gehabt hat, und woselbst dessen Witwe, die Mutter des Beklagten heute noch wohnt, sich aufgehalten und als Bäckergeselle gearbeitet hat, im Oktober 1898, einige Tage vor der Klagerhebung, sich von Münster a. N., wo er bis dahin gearbeitet hatte, nach Wannweil begeben hat und dort als Bäckergeselle in die Dienste des Bäckers R. getreten ist, auch daß er sich zur Zeit der Klagerhebung in Wannweil aufgehalten hat. Diese Thatsache kann jedoch für sich allein noch keineswegs den Willen bekunden, Wannweil als dauernden Wohnort und als Mittelpunkt seiner Lebensverhältnisse zu haben. Hiezu müßte eine ausdrückliche vor der Klagerhebung abgegebene Erklärung dieses Willens erfordert oder es müßten Thatumstände dargethan werden, aus welchen auf das Vorhandensein jener Absicht geschlossen werden könnte. Weder das eine noch das andere trifft zu. Die erst im Prozeß aufgestellte Behauptung, Beklagter habe seinen Wohnsitz in Wannweil und ebenso die von dem Beklagten während des Prozesses an seinen Anwalt gerichtete Zuschrift, die übrigens auch inhaltlich den Willen, Wannweil als Mittelpunkt der Lebens- und Rechtsverhältnisse zu haben, keineswegs ausdrückt, müssen selbstredend bei Prüfung der Frage, ob der Beklagte zur Zeit der Klagerhebung seinen Wohnsitz in Wannweil gehabt habe, außer Betracht bleiben und irgend welchen Thatumstand der einen Schluß auf die Absicht des Beklagten zuließe, hat er nicht angeführt. Im Gegenteil liegen einige Umstände vor, welche g e g e n die Annahme sprechen, daß der Beklagte bei Uebernahme der Stelle in Wannweil die Absicht gehabt habe, in Wannweil bleibenden Wohnsitz zu nehmen. Zunächst läßt schon das jugendliche Alter des erst 23 Jahre alten Beklagten das Vorhandensein

dieſer Abſicht unwahrſcheinlich erſcheinen. Sodann unterliegt die Stellung, welche Beklagter bei dem Bäcker R. in Wannweil einnimmt, beim Mangel anderweitiger Uebereinkunft der geſetzlichen vierzehntägigen Kündigungsfriſt, was nicht nur darauf hinweiſt, daß es ſich für den Beklagten bei Uebernahme dieſer Stelle nur um Begründung eines vorübergehenden Arbeitsverhältniſſes handelte, ſondern auch dagegen ſpricht, daß der Beklagte von der Abſicht geleitet war, in Wannweil, einem Dorfe, wo ihm ſonſtige Gelegenheit, als Bäckergeſelle Stellung zu finden, nur in ſehr mäßigem Umfang geboten ſein kann, den Mittelpunkt ſeiner beruflichen Thätigkeit zu begründen. Endlich iſt gegen das Vorhandenſein der Abſicht, in Wannweil Wohnſitz zu nehmen, das aus der eigenen Aufſtellung des Beklagten zu entnehmende bisherige Wanderleben desſelben anzuführen; wäre Wannweil als Wohnſitz des Beklagten anzuſehen, ſo wären all' die verſchiedenen anderen Orte, an denen er ſich, offenbar in gleicher Weiſe und unter gleichen Umſtänden wie jetzt in Wannweil aufgehalten hat, als frühere Wohnſitze des Beklagten zu betrachten, eine Folgerung, welche zu ziehen der Beklagte ſelbſt nicht gemeint haben wird, die aber geeignet iſt, das Unzutreffende der Vorausſetzung, nemlich der Annahme des Wohnſitzes in Wannweil, darzuthun.

Hienach kann darin, daß der Beklagte in Wannweil Aufenthalt und Arbeit genommen hat, nichts anders erblickt werden, als in der Annahme einer Anſtellung als Gewerbegehilfe ſeitens eines Handwerksgeſellen von der Art und den Verhältniſſen, beſonders dem Alter des Beklagten regelmäßig zu erblicken ſein wird: nemlich die Begründung eines wenn auch nicht von Anfang an auf nur kurze Zeit berechneten, aber doch nur vorübergehenden Arbeitsverhältniſſes unter Wohnungsnahme an dem Orte und für die Dauer dieſes Arbeitsverhältniſſes.

Iſt aber der von dem Beklagten in Wannweil genommene Aufenthalt kein ſolcher, daß er auf das Vorhandenſein der Abſicht, dort den Mittelpunkt ſeiner Lebensverhältniſſe zu begründen, einen Schluß zulaſſen würde, ſo fehlt damit dasjenige

Anzeichen, welches am eheſten die Abſicht des Beklagten ſeinen bisherigen Wohnſitz Hoheneck aufzugeben zu erweiſen geeignet wäre.

Eheliche Kinder teilen in civilrechtlicher, wie in prozeſſualer Hinſicht [1]) den Wohnſitz ihres Vaters und behalten denſelben, bis ſie ihn in rechtsgiltiger Weiſe aufgeben. Wie zur Begründung, ſo iſt auch zur Aufhebung des Wohnſitzes der Wille und die Bethätigung dieſes Willens erforderlich. Es genügt alſo nicht die bloße Abweſenheit von dem bisherigen Wohnſitz, ſondern es muß des Wille hinzutreten, letzteren nicht mehr als Mittelpunkt ſeiner Lebens- und Rechtsverhältniſſe zu haben. Da der Beklagte vor erreichter Volljährigkeit ſeinen Wohnſitz nicht ohne Mitwirkung ſeines Vormunds aufgeben konnte, eine ſolche aber von ihm ſelbſt nicht behauptet wird, ſo kann es ſich nur fragen, ob er ſeit ſeiner Volljährigkeitt, alſo ſeit 16. Juni 1896 ſeinen jedenfalls bis dahin beibehaltenen Wohnſitz Hoheneck aufgegeben hat.

Der in dem angefochtenen Urteil ausgeſprochenen Bejahung dieſer Frage kann nicht beigetreten werden. Wie bemerkt, trifft dasjenige Moment, welches vornehmlich geeignet wäre, eine auf die Aufgabe des Wohnſitzes in Hoheneck gerichtete Abſicht des Beklagten erkennen zu laſſen, nemlich die Begründung des Wohnſitzes in Wannweil, — um die Begründung eines ſolchen an einem dritten Orte kann es ſich nach den eigenen Angaben des Beklagten nicht handeln, — nicht zu. An ſonſtigen Thatumſtänden, welche für die Aufhebungsabſicht ſprechen würden, fehlt es aber gänzlich. Denn darin, daß der Beklagte ſeit erreichter Volljährigkeit, alſo ſeit 2—3 Jahren, außerhalb Hohenecks ſich aufgehalten und als Bäckergeſelle gearbeitet hat, auch während dieſes Zeitraumes nie auf längere Zeit nach Hoheneck zurückgekehrt iſt, läßt ſich eine ſolche Abſicht entfernt nicht finden. Der Wille eines in gleicher Weiſe wie der Beklagte zu ſeiner gewerblichen und ſonſtigen Ausbildung auswärts Arbeitenden kann und wird ſogar regelmäßig darauf gerichtet ſein, ſeinen Wohnſitz

1) Vergl. Lang, Perſonenrecht § 25., B.G.B. § 11., (alte) C.P.O. § 17 Abſ. 2.

durchaus nicht aufzugeben, sondern diesen Mittelpunkt seiner Lebens- und Rechtsverhältnisse beizubehalten und bei gegebener Zeit dorthin zu dauernder Niederlassung zurückzukehren. Und man wird namentlich dann diesen Willen als vorhanden anzunehmen haben, wenn den auf der Wanderschaft Begriffenen noch reale Bande an seinen bisherigen Wohnort knüpfen. Dies ist bei dem Beklagten der Fall, insofern seine Mutter ihren Wohnsitz in Hoheneck hat und er daselbst Vermögen besitzt. Auf Ableben seines Vaters nemlich wurde durch Uebereinkunft der Intestaterben, nemlich der Witwe, zweier in N. verheirateter Töchter und des Beklagten, der bei dem Teilungsgeschäfte durch seinen Vormund vertreten war, die angefallene Eventualteilung aufgeschoben und das vorhandene in Liegenschaften und Forderungen bestehende Vermögen von 25000 Mk., auf welchem 3000 Mk. Schulden ruhten, in der Nutznießung und Verwaltung der Witwe belassen.

Angesichts dieser noch bestehenden Beziehungen des Beklagten zu seinem bisherigen Wohnsitz Hoheneck läßt sich nicht nur kein Grund denken, der den Beklagten vor Begründung eines anderen Wohnsitzes zur Aufhebung des Wohnsitzes in Hoheneck hätte bestimmen sollen, vielmehr muß umgekehrt gesagt werden, daß mit diesen Beziehungen Faktoren gegeben sind, welche sich als wohl geeignet darstellen, bei dem Beklagten die Absicht der Beibehaltung seines bisherigen Wohnsitzes auch als ferneren Mittelpunkts seiner Lebens- und Rechtsverhältnisse jedenfalls bis zur Begründung eines neuen Wohnsitzes zu bilden und zu erhalten. Hienach erscheint die Annahme gerechtfertigt, daß der Beklagte seinen Wohnsitz Hoheneck bis jetzt nicht aufgegeben hat.

Wenn aber auch je anzunehmen wäre, daß der Beklagte seinen Wohnsitz Hoheneck in rechtsgiltiger Weise aufgegeben habe, so wäre das angerufene Gericht dennoch zuständig. Denn da der Beklagte wie oben angeführt, jedenfalls in Wannweil oder einem sonstigen Orte einen neuen Wohnsitz bisher nicht begründet hat, so wäre er als ein eines Wohn-

sitzes Entbehrender zu behandeln und es läge sonach der Fall des § 24 (§ 23) C.P.O. vor, wonach für Klagen wegen vermögensrechtlicher Ansprüche gegen eine Person, welche im Deutschen Reiche keinen Wohnsitz hat, dasjenige Gericht zuständig ist, in dessen Bezirk sich Vermögen derselben befindet. Der Beklagte ist Teilhaber der unter den Erben seines verstorbenen Vaters begründeten Erbgemeinschaft und als solcher Mitberechtigter an dem gemeinschaftlichen Vermögen, besonders Miteigentümer an den darunter begriffenen Grundstücken in Hoheneck, so daß sich also Vermögen des Beklagten im Bezirk des angerufenen Gerichtes befindet.

Urteil des I. Civilsenats vom 24. März 1899 in Sachen Dürr g. Ade.

Die Revision des Beklagten gegen dieses Urteil ist zurückgewiesen worden.

13.

Mißbrauch der Vollmacht[1]).

Der in Falkenberg (Lothringen) wohnende Kläger hatte einen bei ihm lagernden Vorrat von gesägtem Nußbaum- und Pappelholz dem Beklagten brieflich zum Verkauf angeboten und Beklagter dieses Angebot angenommen. Nach Uebersendung des Holzes hat Beklagter die Annahme des Nußbaumholzes verweigert, weil es minderwertig sei. Die Ausmessung des Holzes hatte vor Absendung desselben Anfang Juli 1897 beim Kläger in Falkenberg stattgefunden und wurde im Beisein des Klägers durch den vom Beklagten hiemit beauftragten (in der Nähe des Klägers wohnenden) Schreinermeister B. vorgenommen. Kläger behauptete, hiemit habe B. die Uebernahme und Billigung des Holzes Namens des Beklagten ausgesprochen und sei auch dazu vom Beklagten ermächtigt gewesen — was Beklagter bestritten hat. Die Klage des Klägers auf Bezahlung des Holzes ist abgewiesen worden.

1) Vergl. §§ 164. 242 B.G.B.

In den

Gründen

des Berufungsurteils ist u. a. ausgeführt, daß B. vom Beklagten Vollmacht hatte, auf Grund seiner Besichtigung des Holzes über dessen Annahme oder Zurückweisung zu entscheiden. Sodann wird fortgefahren:

Allerdings kann auch das dem Beklagten nicht helfen, daß er geltend macht, sein Bevollmächtigter B. habe damit, daß er offenbar faules, zur Möbelfabrikation schlechhin unbrauchbares Holz übernommen, nicht bloß gegen das Interesse, sondern gegen den klar erkennbaren Willen seines Auftraggebers gehandelt, also seine Mandatspflicht verletzt und könne aus diesem Grund der Beklagte an die fragliche Uebernahme nicht gebunden sein. Denn soweit der Beauftragte vom Auftraggeber bei einem Dritten bevollmächtigt ist, und seine Thätigkeit, vom Standpunkt dieses Dritten gesehen, als im Bereich seiner Vollmacht gelegen gelten kann, ist der Vollmachtgeber dem Dritten gegenüber an die Handlung seines Bevollmächtigten auch dann gebunden, wenn diese als eine Verletzung der mit dem Auftrag gegen den Auftraggeber übernommenen Pflichten, als eine nachlässige, oder gar unredliche, wider die ausdrückliche Weisung des Auftraggebers verstoßende, Ausführung seines Auftrags erscheint; in diesem Sinne hat der Vollmachtgeber „für Verschulden und Argliſt seines Bevollmächtigten einzustehen“[1]).

Allein dieser anerkannte Grundsatz erleidet eine selbstverständliche Ausnahme in dem Fall, wenn der mit dem Bevollmächtigten verhandelnde Dritte erkennt, daß der erstere, zwar im Bereich seiner Vollmacht, aber dem Sinn seines Auftrags zuwider gegen das offenbare Interesse des Auftraggebers handelt, und wenn er trotzdem das Geschäft zum Nachteil des letzteren mit dem Bevollmächtigten abschließt; denn alsdann steht seiner Berufung auf die vom Bevollmächtigten innerhalb der Grenzen seiner Vollmacht für den

1) Vergl. Seufferts Archiv Bd. 43 Nr. 287. S. 438. Reichsgerichts-Entscheidungen Bd. 20 S. 55.

Machtgeber abgegebene Willenserklärung die Einrede der Argliſt entgegen, ſelbſt wenn der Bevollmächtigte guten Glaubens war[1]).

Da die Anforderungen, welche Treu und Glauben an die Vertragſchließenden ſtellt, im franzöſiſchen Recht dieſelben ſind, wie im deutſchen (vgl. C. c. a. 1135), ſo muß dieſer Satz, weil ſelbſtverſtändliche Folge jener Anforderungen auch im Gebiet des franzöſiſchen Rechts Geltung haben, es kann deshalb unentſchieden bleiben, ob dieſes letztere oder das gemeine, beziehungsweiſe württembergiſche Recht hier zur Anwendung komme.

Im vorliegenden Fall war aber dem Kläger aus den von ihm ſelbſt mit dem Beklagten ſchriftlich geführten Kaufsunterhandlungen zur Genüge bekannt geworden, daß der Beklagte das unbeſehen von ihm gekaufte Holz nur dann übernehmen und gutheißen werde, wenn es „ſchön" (kaufmannsgut) und für die Möbelfabrikation verwendbar ſei, und konnte Kläger, als Sägmüller und Holzhändler, (wie auch der Sachverſtändige überzeugt iſt) darüber nicht im Zweifel ſein, daß das von B. übernommene Holz nicht kaufmannsgut und für Möbelfabrikation nicht brauchbar ſei, B. alſo mit der Uebernahme dieſes Holzes eine Willenserklärung abgebe, welche (wenn auch innerhalb der formellen Grenzen ſeiner Vollmacht gelegen) dem dem Kläger bekannten Willen des Beklagten geradezu entgegen ſei; auf dieſen von ihm erkannten Mißbrauch der Vollmacht des B. darf ſich deshalb Kläger dem Beklagten gegenüber nicht berufen.

Urteil des I. Civilſenats vom 24. November 1899 in Sachen Fotré gegen Mayer.

14.

Auslegung einer Vertragsbeſtimmung, wonach ein Hauskauf ſich auflöſen ſoll, wenn der Käufer die Wirtſchaftskonzeſſion nicht erhält.

In einem von den Rechtsvorgängern (Cedenten) des

1) Seuffert's Archiv Bd. 41 Nr. 183 und dort angef. insbeſ. Bd. 40 Nr. 197.

Klägers vermittelten Kaufvertrag über ein Haus, worin bisher eine Wirtschaft betrieben worden war, lautete eine Vertragsbestimmung: „Sollte der Käufer die Wirtschaftskonzession nicht erhalten, so hebt sich der Vertrag ohne Entschädigung rückwärts auf". Die Stadtdirektion Stuttgart versagte dem Käufer die Wirtschaftskonzession, während auf erhobene Beschwerde die Kreisregierung sie erteilte. Gegenüber der auf Bezahlung der bedungenen Maklerprovision gerichteten Klage hat der Verkäufer u. a. eingewendet: der durch Erlangung der Wirtschaftskonzession bedingte Kaufvertrag habe sich durch die Verweigerung der Wirtschaftskonzession von Seiten der Stadtdirektion aufgelöst und der Käufer habe in Folge eines neuen Kaufvertrags das Haus übernommen; zur Anrufung der Entscheidung der Kreisregierung sei der Käufer nicht verpflichtet gewesen. In letzterer Beziehung bemerken die

Gründe

des Berufungsgerichts.

Das Berufungsgericht ist der Ansicht, daß die Bedingung des Kaufvertrags vom 23. Februar 1898, dessen Abschluß zugegebenermaßen von T. vermittelt wurde, erfüllt und damit der Mäklergebührenanspruch der beiden Kommissionäre zur Entstehung gekommen ist. Es handelt sich hiebei um die Frage, ob nach dem Sinne der Nro. 8 der besonderen Bestimmungen dieses Vertrags die Bedingung, daß der Käufer D. die Wirtschaftskonzession erhalten solle, schon mit der Versagung der Konzession durch die Stadtdirektion ausgefallen war, oder ob sie durch die nachträglich im Rekurswege erlangte Genehmigung des Konzessionsgesuchs durch die Kreisregierung noch erfüllt wurde.

Faßt man nun zunächst lediglich den Wortlaut der Bestimmung Nro. 8 des Kaufvertrags ins Auge, so bietet dieser keinen Anhaltspunkt für die Annahme, daß die Kontrahenten bezüglich der Konzessionserteilung lediglich die vorläufige, durch ein Rechtsmittel anfechtbare Entscheidung der unteren Verwaltungsbehörde im Sinn gehabt haben. Das Konzessions-

verfahren bildet, wenn es auch bei mehreren Instanzen anhängig gemacht werden kann, im Sinne der Beteiligten doch ein einziges Verfahren, und wenn vom Ergebnis dieses Verfahrens der rechtliche Bestand eines Rechtsgeschäfts abhängig gemacht wird, ist es offenbar natürlicher und ungezwungener, hierunter das definitive Endergebnis zu verstehen und nicht eine nur einen provisorischen Charakter tragende, einen bloßen Abschnitt des Verfahrens bildende, anfechtbare Zwischenentscheidung. Besondere Umstände, welche zu einer andern Auslegung führen würden, sind für die Zeit des Vertragsabschlusses nicht ersichtlich und nicht behauptet. Namentlich ist in keiner Weise angezeigt, daß der Käufer D. schon von vornherein entschlossen gewesen wäre, sich bei einem abweisenden Bescheide der Stadtdirektion zu beruhigen und sich nicht den verhältnismäßig doch geringfügigen Weitläufigkeiten des Rekursverfahrens auszusetzen. Nach dem Ausgeführten steht fest, daß mit den Worten in Nro. 8 des Kaufvertrags: „sollte Käufer die Wirtschaftskonzession nicht erhalten" die Entscheidung der Kreisregierung und nicht der Stadtdirektion gemeint ist. Die Bedingung des Kaufvertrags war daher mit der abweisenden Entscheidung der letzteren Behörde nicht ausgefallen, wurde vielmehr erfüllt durch die Rekursentscheidung der Kreisregierung.

Urteil des 1. Civilsenats vom 6. Oktober 1899 in Sachen Glöckler g. Schenk.

15.

1. Bindende Zusage oder unverbindliche Zusicherung?
2. Bedeutung der Zusage, das Bier vom andern vertragschließenden Teil zu beziehen, mit dem Vorbehalt, den Bierbezug aufzugeben, falls das Bier nicht gut sein sollte? [1])

Gegen die auf Bezahlung einer Hauskaufsschillingsrate gerichtete Klage hat Beklagter eingewendet: Kl. habe sich bei

1) Vergl. §§ 320. 157. 243. 119. B.G.B.

Abschluß des Kaufs verpflichtet, das Bier für seine neue Wirtschaft vom Bekl. zu beziehen, thue dies aber nicht mehr; der Klage stehe deswegen die Einrede des nicht erfüllten Vertrags entgegen; in zweiter Linie werde eine Schadensersatzforderung aufrechnungsweise geltend gemacht, die dem Bekl. in Folge davon erwachsen sei, daß Kl. seine Verpflichtung zum Bierbezug nicht erfüllt habe; in dritter Linie werde der Hausverkauf wegen Irrtums über eine wesentliche Voraussetzung des Vertrags bezw. als nichtig angefochten. Kl. hat bestritten, eine Verpflichtung in Betreff des Bierbezugs übernommen zu haben; er habe lediglich in unverbindlicher Weise dem Bekl. zugesagt, sein Bier vom Bekl. zu beziehen, wenn dieser gutes Bier liefere. Unbestrittenermaßen haben die Parteien am 10. Juli 1896 eine Urkunde in doppelter Ausfertigung unterzeichnet, deren (vom Beklagten entworfener) ursprünglicher Inhalt folgender war: „Kaufvertrag. E. K. verkauft heute an V. S. sein Anwesen Restauration zum Schweizerhof um 49000 Mk. K. nimmt auf seiner neuen Wirtschaft im Federnsee das Bier aus der Brauerei V. S. auf die Dauer von — Jahren, wobei S. sich verpflichtet, nur gutes trinkbares Bier zu liefern. Die Zahlungsbedingungen werden morgen festgesetzt. Der Kauf gilt für stet und fest, gesetzliche Reuzeit wird gegenseitig ausgeschlossen. Der Verkäufer E. K. Der Käufer V. S. Reutlingen. Datum 10. Juli 1895." Nach der Darstellung des Klägers hat auf sein Verlangen vor Unterzeichnung der Urkunde Bekl. die Worte „K. nimmt" bis „zu liefern" oder wenigstens bis „Jahren" durchstrichen, während Bekl. behauptet, er habe nur die Worte „auf die Dauer von — Jahren" gestrichen und hieraus ableitet, Kl. sei demzufolge mindestens verpflichtet gewesen, eine angemessene Zeit hindurch, jedenfalls 5 Jahre lang, des Bier von ihm zu beziehen. Eine Vertragsurkunde vom 26. Juli 1895 enthält nichts über den Bierbezug des Klrs. Den rechtlichen Standpunkt des Beklagten hat Kl. durchweg bekämpft und weiter geltend gemacht, er sei unter allen Umständen deshalb den Bezug des Biers beim

Bekl. aufzugeben berechtigt gewesen, weil Bekl. ihm schlechtes Bier geliefert habe, wegen dessen seine Gäste sich beklagt haben, und zum Teil aus der Wirtschaft weggeblieben seien.

Die Klage ist abgewiesen worden, vom Berufungsgericht aus folgenden

Gründen:

Auf Grund der eidlichen glaubhaften Aussage des Zeugen Sch. steht fest, daß Kl. sich nicht bloß — wie Bekl. geltend machen will — geweigert hat, sich auf eine bestimmte Zahl von Jahren in Betreff des Bierbezugs zu binden, sondern ganz allgemein und bestimmt erklärt hat: er lasse sich nicht binden (nämlich: in Betreff des Bierbezugs). Damit hat Kläger unzweideutig abgelehnt, eine rechtliche Verpflichtung in dieser Beziehung einzugehen, und anders konnte auch Bekl. diese Aeußerung nicht auffassen. Wenn nun Kl. im unmittelbaren Anschluß hieran weiter geäußert hat: wenn Bekl. gutes Bier liefere, habe es ja gar keinen Anstand, dann nehme er sein Bier vom Bekl.; und ferner versichert hat, er sei ein Mann, da gelte das Wort, und durch Handschlag seine Zusicherung, das Bier vom Beklagten zu beziehen, bekräftigt hat, so kann in all dem angesichts jener ganz klaren und bestimmten Erklärung: sich nicht binden zu lassen, nicht der Ausdruck eines Verpflichtungswillens gefunden werden, sondern nur der einer ernstgemeinten, aber rechtlich unverbindlichen Kundgebung der Absicht, das Bier vom Beklagten zu beziehen, wenn es gut sei: Kl. hat damit den Bekl. feierlich versichert, daß er nicht gesonnen sei, seine formelle Ungebundenheit zum Nachteil des Bekl. zu mißbrauchen und ohne Anlaß sein Bier aus einer anderen Brauerei als der des Bekl. zu beziehen. Dieser Sinn der Aeußerungen des Kls. ergibt sich aus unbefangener Auslegung und es ist davon auszugehen, daß auch Bekl. diese Aeußerungen nicht anders verstehen konnte und verstanden hat; jedenfalls ist nicht erwiesen und nicht erweislich, daß Bekl. bei Abschluß des Vertrags vom 10. Juli 1895 der Meinung war, Kl. habe in

Betreff des Bierbezugs eine rechtliche Verpflichtung übernommen.

Hat sich nun aber — wie nach dem Zeugnis des Sch. feststeht — Bekl. schließlich mit dieser unverbindlichen Zusage des Klrs. begnügt, so kommt nichts darauf an, ob in dem Vertragsentwurf nur die Worte „auf die Dauer von — Jahren" oder der ganze Satz „K. nimmt u. s. w." gestrichen worden ist: denn der Durchstrich auch nur der ersten Worte konnte nach der vorangegangenen Erklärung des Klrs., sich nicht binden zu lassen, nur in dem Sinn geschehen, daß damit die rechtliche Verpflichtung des Klägers zum Bierbezug beseitigt, und nur eine unverbindliche Zusicherung desselben aufrecht erhalten sein sollte. Dies um so mehr, als nach der vorangegangenen Besprechung der Parteien die Streichung der Worte: „auf die Dauer von — Jahren" unmöglich den Sinn haben konnte, die dem Kl. angesonnene Verpflichtung von einer zeitlich begrenzten zu einer zeitlich unbegrenzten zu steigern. Auch die Thatsache, daß in die endgiltige Kaufvertragsurkunde nichts über eine Pflicht des Klrs. zum Bierbezug aufgenommen worden ist, weist darauf hin, daß nach der übereinstimmenden Auffassung beider Teile eine rechtliche Verpflichtung in dieser Richtung nicht bestand, andernfalls hätte Bekl. allen Anlaß gehabt, darauf hinzuwirken, daß dieser Verpflichtung in dem endgiltigen Vertrag Erwähnung geschehe: wenn Bekl. wie er als möglich zugegeben hat, auf eine bezügliche Frage des Ratsschreibers erwidert hat: das (der Bierbezug) sei „privatim" ausgemacht worden, so läßt sich das dahin verstehen, es sei dies in einer Weise vereinbart worden, daß die Vereinbarung sich nicht zur Aufnahme in die Vertragsurkunde eigne, d. h. — wie die Sachlage ergibt — in nicht formell bindender Weise.

Hat aber nach dem Ausgeführten Kl. keine rechtliche Verpflichtung, sein Bier vom Bekl. zu beziehen, übernommen, so sind die Einreden des Bekl. unbegründet, soweit sie darauf gestützt sind, daß Kl. in diesem Punkt eine vertragsmäßige Verbindlichkeit — sei es in formell giltiger oder in formell un-

giltiger, weil den Formvorschriften des Liegenschaftsgesetzes nicht entsprechender Weise — eingegangen habe.

Wenn Bekl. sich mit einer formell unverbindlichen Zusicherung des Klrs. in betreff des Bierbezugs begnügte im Vertrauen auf die Zusage, Kl. beabsichtige sein Bier vom Bekl. zu beziehen, so lange Bekl. gutes Bier liefere, so kann er den Kaufvertrag nicht in Folge davon, daß er sich in seinen Hoffnungen getäuscht sah, „wegen mangelnder Voraussetzung" anfechten: denn davon, daß der Bierbezug eine stillschweigende Bedingung, („Voraussetzung" im rechtlichen Sinne) der Fortgeltung des Kaufvertrags gebildet hätte, ist augenscheinlich keine Rede.

Eine Anfechtung des Kaufvertrags wegen Arglist des Kls. wäre etwa möglich, wenn die mehrerwähnte unverbindliche Zusicherung des Klrs. zum Zweck der Täuschung des Bekl. erfolgt, Kl. von vornherein entschlossen gewesen wäre, sein Bier (auf die Dauer) nicht vom Bekl. zu beziehen (wenn er z. B. schon am 10. oder 26. Juli einem andern Bierbrauer versprochen gehabt hätte, sein Bier von ihm zu beziehen.) In dieser Beziehung aber hat Bekl. eine Behauptung nicht aufgestellt, und es ist nicht ersichtlich, und nicht ohne weiteres zu unterstellen, daß Kl. von vornherein nicht die ernstliche Absicht gehabt hat, sein Bier dauernd vom Bekl. zu beziehen. Es wird dem Bekl. zuzugeben sein, daß nach dem Ergebnis des Beweiseinzuges sein Bier auch während der in Frage kommenden Zeit kaufmannsgute Ware war; andererseits steht aber auf Grund der Aussagen der als Zeugen vernommenen Wirtsgäste des Klrs. fest, daß jedenfalls einem erheblichen Teil der Besucher der klägerischen Wirtschaft das Bier des Bekl. nicht gemundet hat (vielleicht nur deshalb, weil sie ein anderes Bier gewöhnt waren), und daß in Folge hievon der Bierverbrauch des Klrs. Noth gelitten hat. Unter diesen Umständen hatte Kl. — von seinem Standpunkt aus — gerechten Anlaß, von seiner formell nicht bindenden Zusage gegenüber dem Bekl. abzugehen; die Thatsache, daß Kl. nur einige Monate hindurch sein Bier vom Bekl. bezogen hat,

gestattet hienach nicht den Schluß, daß Kl. von vornherein die Absicht gehabt habe, das Bier nicht längere Zeit hindurch vom Bekl. zu nehmen.

Wollte man aber auch annehmen, Kl. habe in Betreff des Bierbezugs eine rechtliche Verpflichtung gegenüber dem Bekl. übernommen, so käme man doch zu keinem dem Bekl. günstigeren Ergebnis. Denn nach der eigenen Auffassung des Bekl. hätte sich Kl. das Recht vorbehalten, den Bezug des Biers vom Bekl. aufzugeben, falls das Bier nicht gut sein sollte. Angesichts der Erklärung des Klrs.: er lasse sich nicht binden — und da es für einen Wirt nicht sowohl darauf ankommt, ob das von ihm geschenkte Bier objektiv eine kaufmannsgute Ware ist, sondern darauf, ob es seinen Gästen mundet, müßte jener Vorbehalt dahin verstanden werden, daß Kl. d a n n den Bezug des Biers vom Bekl. sollte aufgeben dürfen, wenn dessen Beschaffenheit nach billigem Ermessen dies rechtfertigte, worüber Kl. zu entscheiden hatte, welche Entscheidung wegen offenbarer Grundlosigkeit der Beanstandung des Biers angefochten werden könnte. Nach dem oben, Bemerkten müßte aber im vorliegenden Fall anerkannt werden, daß Kl. nicht ohne gerechten Grund von seiner Verpflichtung das Bier vom Bekl. zu beziehen, zurück getreten ist.

Urteil des I. Civilsenats vom 1. März 1898 in Sachen Siber g. Kalb.

16.

Voraussetzungen der Wirksamkeit eines Vertrags, wodurch sich Gewerbetreibende unter sich unter Festsetzung einer Vertragsstrafe verpflichten, eine gewisse Geschäftsverbindung zu unterlassen [1]).

Der in Reutlingen bestehende Konsum- und Sparverein hatte mit den dortigen Bäckern Verträge geschlossen, wonach Letztere auf die von ihnen an die Mitglieder des Vereins verkauften Waren dem Verein einen Rabatt von 8% zu ge-

1) Vergl. §§ 339 ff., 138 Abs. 1 B.G.B.

währen hatten. Die hierin von den Gewerbegenossen erblickte teils unmittelbare teils mittelbare Benachteiligung veranlaßte die Einberufung einer Versammlung sämtlicher Bäcker von Reutlingen auf 18. Februar 1898, in welcher demnächst der in einer von einem Teil der 61 Unterzeichner sofort, von Andern in den nächstfolgenden Tagen unterschriebenen Urkunde enthaltene Vertrag zu Stande kam. In diesem „gemeinschaftlichen Vertrag", giltig vom 1. April 1898 an, „verpflichten sich die unterzeichneten Bäckermeister unter einander bei einer Konventionalstrafe von 1000 Mk. dem zur Zeit hier existierenden Consum- und Sparverein weder als Lieferanten noch als Mitglieder anzugehören. Diejenigen Bäckermeister, welche bei dem Consumverein schon beteiligt sind, verpflichten sich nebenbei, dem Consumverein jeden bestehenden Vertrag sofort, d. h. auf die möglichst kürzeste Frist zu kündigen. Der eingehende Ertrag einer Strafe soll dem Kirchenbaufond der Marienkirche überwiesen werden."

Unter Berufnng auf diesen Vertrag hat Klr. gegen die Bekl. mit der weiteren Behauptung, daß sie auch nach dem 1. April an den Consumverein Backwaren geliefert haben, Klage bei dem Landgericht Tübingen dahin erhoben, daß die Bekl. für schuldig erkannt werden, je die Summe von 1000 Mk. an den Kirchenbaufond der Marienkirche in Reutlingen zu bezahlen und die Kosten des Rechtsstreits zu tragen. In der schriftlichen Replik erstmals und im weiteren Verfahren hat Kl. auch geltend gemacht, daß er vor Erhebung der Klage, in der Versammlung vom 18. Februar 1898, von den übrigen Mitunterzeichnern bevollmächtigt worden sei, etwaige Vertragsverletzungen gerichtlich zu verfolgen.

Die Klage ist abgewiesen worden, im Berufungsverfahren aus folgenden

Gründen:

Klr. macht behufs Rechtfertigung des von ihm allein gegen die Bekl. erhobenen Klaganspruchs geltend: es sei durch die in der Urkunde vom 18. Februar 1898 enthaltenen Erklärungen zwischen den Unterzeichnern eine aktive und passive

Korrealobligation begründet worden. Ob aus der Urkunde, für sich allein betrachtet, eine nicht blos durch die Unteilbarkeit der ursprünglich übernommenen, auf ein Unterlassen gerichteten Verpflichtung zu folgernde Gesamtschuldnerschaft und Gesamtgläubigerschaft entnommen werden könnte und welche rechtliche Folgerungen in Beziehung auf den Klaganspruch aus dem Umstand, daß an die Stelle der ursprünglich geschuldeten Leistung die Verpflichtung zu Zahlung der Vertragsstrafe getreten sein soll, sich ergeben würden, ist dahingestellt zu lassen. Denn die dem zwischen den Parteien geschlossenen Vertrag seitens des Klägers gegebene Charakterisierung zeigt sich überhaupt als nicht zutreffend, wenn neben der Urkunde selbst die behufs richtiger Beurteilung des Rechtsverhältnisses nicht außer Acht zu lassenden Umstände, welche die Entstehung der Urkunde veranlaßt und begleitet haben, berücksichtigt werden.

Anlaß des Zusammentretens der Reutlinger Bäcker war die allgemein empfundene Beeinträchtigung nutzbringenden Gewerbebetriebs, die dadurch verursacht wurde, daß der Consumverein mit einem Teil der Bäcker wegen Lieferung von Waren an seine Mitglieder in Verbindung stand, diesen Bäckern aber eine Abgabe von 8% des Erlöses für die an seine Mitglieder verkauften Waren auferlegte; Zweck war die Befreiung von diesem Verhältnis zum Consumverein, die allgemeine Erzielung ungeschmälerter Tagespreise und die Beseitigung der zum Nachteil der außer Verbindung mit dem Consumverein stehenden Gewerbegenossen durch das Wegbleiben der aus den Consumvereinsmitgliedern bestehenden Kundschaft bewirkten künstlichen Verschiebung der Absatzverhältnisse; Zweck war also die allgemeine Hebung der Rentabilität des Gewerbes. Behufs Erreichung dieses Zwecks war die Vereinigung womöglich sämtlicher am Orte befindlicher Bäcker geboten, und als Mittel erschien das Sichfernhalten von jeglichem geschäftlichen Verkehr mit dem Consumverein angezeigt, das bei den Einzelnen auf verschiedene Weise in die Wege zu leiten war, je nachdem bis dahin der Einzelne in Verbindung mit dem Consumverein stand

oder nicht. Die gewollte Wirkung ließ sich nur durch übereinstimmendes Handeln, wenn thunlich, aller Gewerbegenossen erreichen; der Einzelne hatte daher kein Interesse, mit dem Einzelnen in ein Vertragsverhältnis zu treten, wodurch sie sich gegenseitig die Unterlassung jeglichen Verkehrs mit dem Konsumverein zugesagt hätten. Deshalb ist — auch in Uebereinstimmung mit der Urkunde selbst, sofern sie sich als „gemeinschaftlichen Vertrag" bezeichnet — die Annahme zurückzuweisen, daß in derselben eine Menge selbständiger einzelner, etwa als Innominatkontrakte zu bezeichnenden Verträge enthalten seien. Vielmehr kann, wenn die ergangener Aufforderung gemäß zusammen getretenen Bäcker behufs Erreichung des bezeichneten gemeinsamen Zwecks, wie die Urkunde ferner sagt, sich unter einander bei einer Konventionalstrafe von 1000 Mk. verpflichteten, dem Konsumverein weder als Lieferanten noch als Mitglieder anzugehören, hierin nur die Errichtung einer Gesellschaft im gemeinrechtlichen Sinn gefunden werden. Im Gesellschaftsvertrag verbindet sich eine Mehrzahl bestimmter Personen zur Erreichnng eines gemeinsamen, außerhalb der versprochenen Bestimmungen gelegenen Zwecks durch Zusammenwirken der Kontrahenten. Unerheblich ist, daß von Errichtung einer Gesellschaft nicht ausdrücklich gesprochen wurde; denn der Gesellschaftsvertrag kann auch stillschweigend geschlossen werden[1]). Der in der Urkunde selbst nicht genannte gemeinschaftliche Zweck stand unter allen zum Beitritt Berufenen fest. Die Kontrahenten des Gesellschaftsvertrages verpflichten sich gegenseitig, Jeder gegen den Andern, behufs Erreichung des gemeinsamen Zweckes die vereinbarten Leistungen beizutragen. Wie der Gesellschaftszweck, so können auch die Beiträge der verschiedensten Art sein; insbesondere brauchen sie nicht in Geld zu bestehen, es können auch nicht nur Arbeitsleistungen, sondern auch Handlungen überhaupt oder Unterlassungen zugesagt

1) Dernburg Pand. § 124. R.G. Bd. 7 Nr. 53 Mot. zum I. Entw. des B.G.B's Bd. II. S. 595.

werden[1]). Der Beitrag der einzelnen Gesellschafter bestand hier in dem Abbruch bestehender Verbindungen mit dem Konsumverein bezw. in der Unterlassung der Anknüpfung solcher.

Gegenstand der Klage ist nun die von den Bekl. wie von jedem der andern Kontrahenten für den Fall der Nichterfüllung der übernommenen Leistung versprochene Vertragsstrafe.

In der Urkunde vom 18. Febr. v. J. haben sich die Kontrahenten „unter einander bei einer Konventionalstrafe von 1000 Mk. verpflichtet", sich jeder Beziehung zu dem Konsumverein zu enthalten; sie haben sich nicht verpflichtet, im Zuwiderhandlungsfall die Strafe an den Baufond der Marienkirche zu zahlen. Es entspricht schon dem Wesen und der Bestimmung der Vertragsstrafe, und ist deshalb auch bis zum Nachweis abweichender Vereinbarung als gewollt anzunehmen, daß sie demjenigen zufalle, der das Recht und Interesse an Erfüllung der durch dieselben gesicherten Verpflichtung hat. Es ist denn auch ferner ausdrücklich bestimmt, daß der „eingehende", d. h. der an die Gesellschaft gelangte Ertrag der Strafen dem Kirchenbaufond „überwiesen", etwaige von der Gesellschaft erworbene Strafgelder ihm zugewendet werden „sollen". Hienach ergiebt sich, wenn auch das nach der Behauptung des Klrs. der Verfügung zu Grunde liegende Motiv der Kontrahenten: nicht als eigennützig zu erscheinen, berücksichtigt wird, als Inhalt des Vertrags, daß eine Verpflichtung der straffällig gewordenen Gesellschafter, die Vertragsstrafe an den Kirchenbaufond oder das denselbeu vertretende Rechtssubjekt zu entrichten, nicht begründet worden ist. Die von den Bekl. angeblich geschuldeten Summen bilden den Gegenstand von Ansprüchen, welche die Gesellschaft oder vielmehr alle einzelnen Gesellschafter erworben haben. Die den Mitgliedern der gemeinrechtlichen, selbständigen Vermögensbesitzes nicht fähigen Gesellschaft gemeinschaftlichen Sachen

1) Windscheid Pand. § 405, Mot. z. B.G.B. a. a. O. S. 596. Seufferts Archiv Bd. 44 Nr. 13.

und Rechte stehen aber denselben zu bestimmten regelmäßig gleichen Anteilen zu[1]). Hieraus folgt, daß dem Klr. auf die eingeklagten Vertragsstrafen jedenfalls über seinen Kopfteil hinaus einen Anspruch überhaupt nicht zusteht. Auch ist in der gemeinrechtlichen Sozietät dem Gesellschafter als solchem ein Verwaltungsrecht bezüglich der Anteile der übrigen Gesellschafter nicht verliehen. Der mit der Klage erhobene Anspruch scheitert also, auch abgesehen davon, daß mit Unrecht, die Bekl. als zur Zahlung an den Kirchenbaufond verpflichtet bezeichnet werden, schon daran, daß dem Kl. die Aktivlegitimation fehlt. Und was den auf den Kl. entfallenden Anspruchsteil betrifft, so erledigt er sich, selbst abgesehen von dem Ausgeführten und von der weiteren Frage, ob nicht die Gesellschafter in dem Vertrag vom 18. Febr. darauf verzichtet haben, einzeln über ihre Anteile zu verfügen, schon dadurch, daß, wie bei seiner Geringfügigkeit erklärlich, in dieser Richtung ein aushilfsweises Gesuch nicht gestellt ist.

Die dargelegten, aus der Natur und dem positiven Inhalt des geschlossenen Vertrags sich ergebenden Folgen lassen sich nicht deshalb als unberechtigt bezeichnen, weil damit, wie Klr. geltend macht, der Vertrag wertlos würde; es wäre Sache der Kontrahenten gewesen, durch sachgemäße Vereinbarungen, besonders etwa durch eine Organisation, welche die aus dem für die gemeinschaftliche Sozietät erforderlichen Zusammenwirken sämtlicher Gesellschafter sich ergebenden Schwierigkeiten fernzuhalten geeignet wäre, den Erfolg der Vereinigung sicher zu stellen. Wenn Klr., nachdem, wie geschehen, die Klage nur für seine Person erhoben worden ist, nachträglich die übrigen Kontrahenten des Vertrags als weitere Klr. in den anhängigen Prozeß einführen will, so stände im Wege einerseits, daß nach der, die Bezeichnung der Parteien als wesentlichen Bestandteil der Klageschrift bezeichnenden Bestimmung des § 230 C.P.O. die Klage seitens der angeblich durch den Kläger Vertretenen nicht als ord-

1) Windscheid, Pand. § 406; Dernburg, Pand. 127; Mot. zu B.G.B. a. a. O. S. 598.

nungsmäßig erhoben erschiene und andererseits die nachträgliche Zustellung eines die notwendigen Erfordernisse der Klagschrift enthaltenen Schriftsatzes für die vom Kl. Vertretenen nach Lage der Sache nicht behauptet werden kann[1]). Sollte aber Kläger nicht als Prozeßbevollmächtigter seiner Mitkontrahenten auftreten, sondern behaupten wollen, daß ihm die Vollmacht verliehen worden sei, deren Rechte aus dem Gesellschaftsvertrag selbst und unmittelbar geltend zu machen, so läge eine unzulässige Aenderung des Klagegrundes vor[2])

Urteil des II. Civilsenats vom 9. März 1899 in Sachen Zech gegen Weber und Lamparter.

17.

Zu § 37 Abs. 1 H.G.B.

Die Firma L. u. S. in Stuttgart hat ihr Geschäft an den Kaufmann F. D. M. verkauft und diesem gestattet, das Geschäft unter der Firma: „L. u. S. Inhaber F. D. M." weiterzuführen. Auf eine Anzeige eines früheren Teilhabers der Firma L. u. S., daß die jetzigen Inhaber der Firma L. u. S. Inhaber F. D. M. diese Firma im Verkehr in der Weise wiedergeben, daß sie hinter das Wort Inhaber einen Doppelpunkt setzen, und in öffentlichen Bekanntmachungen die Worte „Inhaber F. D. M." auf einer besonderen Linie und viel kleiner als die Worte „L. u. S." drucken lassen, hat das Amtsgericht die Inhaber der bezeichneten Firma mit einer Ordnungsstrafe belegt, weil sie sich in beiden Richtungen einer Verfehlung gegen Art. 26 Abs. 2 (jetzt § 37 Abs. 1) H.G.B. schuldig gemacht haben. Auf erhobene Beschwerde ist dieser Beschluß des Amtsgerichts teils bestätigt, teils abgeändert worden aus folgenden

Gründen:

Soweit die Beschwerdeführer bestraft sind, weil sie —

1) Gaupp Komm. zur C.P.O. Anm. II zu § 230; Württ. Jahrb. Bd. 7 S. 296. Bd. 8 S. 223; Seufferts Arch. Bd. 53 Nr. 131.

2) R.G.E. Bd. 19 S. 185.

trotz vorgängiger Untersagung — in öffentlichen Bekanntmachungen ihre Firma „L. u. S. Inhaber F. D. M." in der Art widergegeben haben, daß hinter dem Wort „Inhaber" ein Doppelpunkt gesetzt ist, kann die rechtzeitig eingelegte Beschwerde keinen Erfolg haben. Denn die Anbringung dieser (nach der Anmeldung der Firma zum Handelsregister in der Firma nicht enthaltenen) Interpunktion stellt sich als eine nicht völlig unerhebliche Aenderung der den Beschwerdeführern zustehenden Firma dar, sofern durch den Doppelpunkt für den Leser der Gedanke, die Worte: Inhaber F. D. M. seien ein Bestandteil der Firma, ausgeschlossen und die irrige Annahme hervorgerufen wird, den die Firma enthaltenden Worten „L. u. S." sei die Angabe des derzeitigen thatsächlichen Inhabers beigefügt. Die Beschwerdeführer haben also, sofern sie die Firma in der Art gebraucht haben, daß sie hinter dem Wort „Inhaber" einen Doppelpunkt anbrachten, sich einer ihnen nicht zustehenden Firma bedient und es ist das Amtsgericht wegen dieser Verfehlung gemäß Art. 26 Abs. 2 H.G.B. mit Recht gegen sie eingeschritten. Da die verhängte Ordnungsstrafe im öffentlichen Interesse die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften zu sichern bezweckt, so kommt darauf nichts an, ob die beanstandete Interpunktion schon früher und seit langer Zeit angebracht worden ist, ob das Publikum durch eine derartige Wiedergabe der Firma geschädigt wird, und ob diese Abweichung von der richtigen Schreibweise der Firma nicht beachtet und nie beanstandet worden ist.

Dagegen konnte die angefochtene Strafverfügung nicht aufrecht erhalten werden, sofern sie aus dem Grund eine Strafe verhängt hat, weil in öffentlichen Bekanntmachungen der Beschwerdeführer bei Wiedergabe der Firma die Worte: „Inhaber F. D. M." auf einer besonderen Linie und viel kleiner als die Worte: L. u. S. gedruckt worden sind. Zunächst läßt sich darin der Gebrauch einer den Beschwerdeführern nicht zukommenden Firma keinenfalls finden, daß die Worte, aus denen sich die Firma zusamensetzt, auf zwei

Zeilen verteilt sind: es entspricht dies, wie ein Blick in die Zeitungen lehrt, einer allgemeinen und soviel bekannt noch nie beanstandeten Uebung und kann, da es keiner gesetzlichen Vorschrift zuwiderläuft, nicht beanstandet werden, wie denn schon die Anmeldung der Firma der Beschwerdeführer zum Handelsregister in der Weise erfolgt ist, daß die Worte: „L. u. S." eine Linie, die Worte: „Inhaber F. D. M." eine zweite Linie bildeten. Ebenso ist es durchaus üblich und so viel bekannt noch nie beanstandet worden, daß Zusätze einer Firma, obwohl sie einen Bestandteil derselben bilden (z. B. „Nachfolger" „E. G. m. b. H." u. dergl.) in Annoncen mit erheblich kleineren Typen gedruckt werden als der übrige Teil der Firma; es entspricht auch der Natur der Sache, daß, wenn eine Firma aus einem „Hauptbestandteil" und einem „Zusatz" besteht[1]), ersterer im Druck mehr hervorgehoben wird als letzterer. Gesetzliche Vorschriften stehen dem nicht entgegen: man kann nicht sagen, daß ein Kaufmann, der in einer Annonce den „Zusatz" seiner Firma kleiner drucken läßt, als deren Hauptbestandteil, sich einer ihm nicht zustehenden Firma bediene, so lang nur der Zusatz leserlich und nicht in einer Weise wiedergegeben ist, die geradezu die Annahme ausschließt, daß er einen Bestandteil der Firma bilde. Nun kann man dem Amtsgericht zugeben, daß wenn die Firma der Beschwerdeführer in der Weise gedruckt ist, daß der Zusatz: „Inhaber F. D. M." auf einer besonderen Linie und viel kleiner gedruckt ist als die Worte: „L. u. S.", der uneingeweihte Leser nicht leicht auf den Gedanken kommen wird, dieser Zusatz bilde einen Teil der Firma; aber dieser Zusatz ist eben überhaupt derart gewählt, daß — mag er gedruckt sein wie er will — der Gedanke fern liegt, er bilde einen Teil der Firma, der uneingeweihte Leser vielmehr darin eine Angabe über den derzeitigen thatsächlichen Geschäftsinhaber sehen wird. Bei dieser Sachlage läßt sich — wie im Allgemeinen so auch im vorliegenden Fall — nicht

1) Vergl. Staub, Komm. zum H.G.B. Einl. zu Art. 16, 6. und 7. Aufl. Anm. 3. zu § 18.

sagen, daß die Firmeninhaber sich d a mit einer ihnen nicht zustehenden Firma bedient haben, daß sie den das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatz ihrer Firma (Art 22 H.G.B.) in Annoncen mit weit kleineren Typen drucken lassen als den übrigen Teil ihrer Firma.

Beschluß des ersten Civilsenats vom 28. Dezember 1898 in der Beschwerdesache des H. Koppenburg und H. Klein.

18.

Zu § 8 des Gesetzes zur Bekämpfung des unlautern Wettbewerbs und § 940 (früher § 819) C.P.O.

Kläger, für welchen am 11. Oktober 1898 die Firma: „W. B. zur billigen Möbelhandlung" in das Handelsregister des K. Amtsgerichts R. eingetragen wurde, hat die Bezeichnung „zur billigen Möbelhandlung" an seinem Haus sowohl im Giebelfeld als auf einer kleinen Tafel über seinen Hauseingang anbringen lassen. Der Beklagte brachte an der Vorderseite seines Hauses, das ganz in der Nähe des klägerischen Hauses liegt, im November 1898 über dem Schaufenster seines Möbelladens einen Schild an, worauf die Worte „zum billigen Möbelladen" stehen. Kläger stellte deshalb bei der Civilkammer des K. Landgerichts T. den Antrag, eine einstweilige Verfügung dahin zu erlassen: der Schreiner K. R. sei schuldig, bis zur Erlassung der Entscheidung in der Hauptsache die an seinem Hause angebrachte Tafel mit der Aufschrift „zum billigen Möbelladen" sofort zu entfernen und sich jeder Wiederanbringung der Tafel oder sonstigen Benützung dieser Benennung im geschäftlichen Verkehr bei einer Strafe von 100 Mk. für jeden Fall der Zuwiderhandlung zu enthalten. Das Berufungsgericht hat nach dem Klagantrag erkannt aus folgenden

Gründen:

Nach § 3 des Gesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs vom 27. Mai 1896 können zur Sicherung des in § 1 Abs. 1 bezeichneten Anspruchs einstweilige Verfü-

gungen erlassen werden, auch wenn die in den §§ 814, 819 der C.P.O.[1]) bezeichneten Voraussetzungen nicht zutreffen. Diese Bestimmung ist auf andere, in jenem Gesetz normierte Ansprüche nicht anwendbar[2]), und da im vorliegenden Fall zur Sicherung eines Anspruchs im Sinne des § 8 des gedachten Gesetzes eine einstweilige Verfügung nach § 819 der C.P.O. beantragt wird, so fragt es sich zunächst, ob die prozessualen Voraussetzungen hiezu vorliegen.

§ 819 erklärt einstweilige Verfügungen auch zum Zweck der Regelung eines einstweiligen Zustandes in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis für zulässig, sofern diese Regelung, insbesondere bei dauernden Rechtsverhältnissen zur Abwendung wesentlicher Nachteile oder zur Verhütung drohender Gewalt oder aus andern Gründen notwendig erscheint.

Das Reichsgericht hat in einem ähnlichen Fall das Vorhandensein eines zwischen den Parteien bestrittenen Rechtsverhältnisses verneint[3]); diese Entscheidung erfolgte aber vor Emanation des Gesetzes vom 27. Mai 1896 auf Grund des Preuß. Landrechts, das einen Schutz gegen unlauteren Wettbewerb nicht kennt. Inzwischen hat § 8 jenes Gesetzes für den Gebrauch eines Namens, einer Firma oder der besonderen Bezeichnung eines Erwerbsgeschäfts 2c. ein absolutes Privatrecht geschaffen, das wie Eigentum und Besitz ein Untersagungsrecht gegen Eingriff Dritter gewährt[4]); es besteht somit zwischen den Parteien ein Rechtsverhältnis, in Beziehung auf welches, wie die Begründung zum Gesetzentwurf[5]) ausdrücklich besagt, einstweilige Verfügungen nach Maßgabe der C.P.O. erwirkt werden können[6]).

1) jetzt § 935. 940 C.P.O.

2) Jur. Wochenschrift von 1898 S. 440 Nr. 22.

3) Entsch. des Reichsgerichts Bd. 35. S. 166.

4) Müller, das Reichsgesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs S. 107. IV; Das Reichsgesetz 2c. erläutert von Chr. Finger S. 184.

5) bei Bachem-Roeren, das Gesetz 2c. S. 38.

6) Vergl. Finger a. a. O. S. 233 b., Entsch. des Reichsgerichts Bd. 41 S. 83, Jur. Wochenschrift von 1898 S. 250.

Die vom Kläger beantragte einstweilige Verfügung bezweckt auch die Regelung eines einstweiligen Zustands in Bezug auf das kaumbezeichnete streitige Rechtsverhältnis. Indem Beklagter zugestandener Maßen an der Vorderseite seines Hauses über dem Schaufenster seines Möbelladens einen Schild anbrachte, worauf die Worte „zum billigen Möbelladen" stehen, hat er einen Zustand geschaffen, der ohne Aenderung fortdauern würde[1]); der auf diese Aenderung bis zur Erlassung der Entscheidung der Hauptsache gerichtete Antrag des Klägers dient somit dem Zwecke der Regelung eines einstweiligen Zustands und der Einwand des Beklagten, das Verlangen des Klägers sei schon deshalb unzulässig, weil mit der einstweiligen Verfügung inhaltlich genau das bewirkt würde, was eventuell Sache einer künftigen Zwangsvollstreckung wäre, trifft hiernach nicht zu. Abgesehen von Alimenten kann dem Schuldner im Wege einstweiliger Verfügung allerdings nicht die Handlung aufgegeben werden, welche den Gegenstand des Hauptanspruchs bildet[2]); der Anspruch gegen den Beklagten geht aber nicht auf eine einmalige Handlung, sondern auf eine dauernde Unterlassung und wenn nun Kläger die Unterlassung vorerst bis zur Entscheidung der Hauptsache verlangt, so wird damit der künftigen Zwangsvollstreckung keineswegs vorgegriffen.

Fernerhin ist glaubhaft gemacht, daß die begehrte Regelung des einstweiligen Zustandes zur Abwendung wesentlicher Nachteile notwendig erscheine[3]). Mit Recht macht Kläger geltend, Beklagter wäre, begünstigt durch die vorteilhafte Lage seines Hauses, im Stande, die ganze Kundschaft des Klägers an sich zu ziehen. Für den ihm dadurch erwachsenden Schaden könnte Kläger zwar nach § 8 des Gesetzes vom Beklagten Ersatz verlangen; ein derartiger Schaden ist aber, selbst bei freiester Anwendung des § 260 (jetzt § 287) der C.P.O., meistens schwer zu ermitteln; das erkennt auch

1) Entsch. des Reichsgerichts Bd. 30, S. 321;
2) Entsch. des Reichsgerichts Bd. 15, S. 377.
3) Jur. Wochenschrift von 1898 S. 440.

die Begründung zum Gesetzentwurfe an, indem sie[1]) bemerkt: der Weg der einstweiligen Verfügung habe für die Bekämpfung der unlauteren Reklame besondere Bedeutung; es werde häufig darauf ankommen, eine gegen das Gesetz verstoßende Form der geschäftlichen Ankündigung möglichst schnell und ehe sie andern Gewerbetreibenden Schaden zufügen kann, zu beseitigen. Was hier von Ausschreitungen im Reklamewesen (§ 1—4) gesagt ist, hat aber auch für die auf Täuschung berechnete Benützung von Namen oder Firmen (§ 8) Anspruch auf Beachtung.

Was den durch die einstweilige Verfügung zu sichernden Anspruch betrifft, so ist im gegenwärtigen Prozeß nicht darüber zu befinden, ob derselbe zu Recht bestehe, sondern nur darüber, ob derselbe glaubhaft gemacht sei § 800 (jetzt § 920) Abs. 2 vergl. mit § 815 (jetzt § 936) der C.P.O.[2]; dabei findet die Vorschrift des § 801 (jetzt § 921) Abs. 2. der C.P.O. Anwendung und das Gericht kann somit, auch wenn der Anspruch nicht glaubhaft gemacht ist, die einstweilige Verfügung anordnen, sofern wegen der dem Gegner drohenden Nachteile eine nach freiem Ermessen zu bestimmende Sicherheit geleistet wird[3]). Ob letzteres auch in dem Fall zu gelten habe, wenn, wie der Unterrichter annahm, es an einer gesetzlichen Voraussetzung für den erhobenen Anspruch des Klägers fehlt, kann dahin gestellt bleiben, da die folgende Ausführung ergeben wird, daß jedenfalls nicht feststeht, daß es an der vom Unterrichter vermißten Voraussetzung fehle[4]).

Der auf § 8 des Gesetzes gestützte Anspruch des Klägers betrifft nur den Fall der Benützung der besonderen Bezeichnung eines Erwerbsgeschäfts; Namen und Firma, gewerbliches Unternehmen und Druckschrift scheiden somit aus. Kläger,

---

1) Bachem a. a. O. S. 30.

2) Gaupp's Komm. zu § 814. II. 3. u. 815. II.

3) Entsch. des Reichsgerichts Bd. 27, S. 416. Begründung zum Gesetzesentwurf bei Bachem a. a. O. S. 30.

4) Entsch. des Reichsgerichts Bd. 27. S. 417 i. f. und 418, auch § 945 der Nov. zur C.P.O.

laut Auszugs aus dem Handelsregister Schreinermeister in R., benützt für dieses sein Erwerbsgeschäft eine besondere Bezeichnung insofern, als er an seinem Hause sowohl im Giebelfeld als auf einer kleinen Tafel über dem Hauseingang die Bezeichnung „zur billigen Möbelhandlung" angebracht hat. Die Benützung dieser Bezeichnung durch den Kläger geschieht befugterweise, da selbst Bezeichnungen wie: „Größtes Lager der Residenz"[1]) „den bisherigen Methoden in jeder Weise überlegen"[2]) „neuestes Patentverfahren"[3]) nicht als gegen § 1 des Gesetzes verstoßend angesehen werden. Auch der Beklagte benützt für seine Möbelhandlung eine besondere Bezeichnung, indem er an der Vorderseite seines Hauses über dem Schaufenster seines Möbelladens einen Schild angebracht hat, worauf die Worte stehen: „zum billigen Möbelladen". Kann hierin unbedenklich die Benützung dieser Bezeichnung im geschäftlichen Verkehr gefunden werden[4]), so ist fernhin nicht zu bezweifeln, daß diese Bezeichnung geeignet sei, Verwechslungen mit derjenigen des Klägers hervorzurufen; die Abweichung ist zu geringfügig, als daß sie die Anwendbarkeit des § 8 ausschließen könnte[5]). Es ist aber auch, da Beklagter seinen Schild anbringen ließ, unmittelbar nachdem Kläger mit seiner Bezeichnung hervorgetreten war, zumal bei der nachbarlichen Lage der beiden Konkurrenzgeschäfte hinreichend angezeigt, daß Beklagter die ähnlich lautende Bezeichnung für seine Möbelhandlung gerade zu dem Zwecke gewählt hat, um dadurch eine Verwechslung mit der klägerischen Möbelhandlung hervorzurufen. Darnach wären die sämtlichen Voraussetzungen des § 8 des Gesetzes glaubhaft gemacht und würde es sich nur noch fragen, ob

1) Jur. Wochenschrift von 1897 S. 476 Nr. 50.

2) ebendaselbst von 1898 S. 300 Nr. 65.

3) a. a. O. S. 301 Nr. 68.

4) Vergl. Entsch. des Reichsgerichts Bd. 5 S. 111 i. f., Bd. 36, S. 14.

5) Siehe die Begründung zum Entw. bei Bachem S. 38 und Kohler, das Recht des Markenschutzes S. 92 ff.; Müller a. a. O. S. 117 und Finger a. a. O. S. 224.

die klägerische Geschäftsbezeichnung eine solche ist, welche auf den Schutz des § 8 Anspruch machen kann. Die Begründung zum Gesetzesentwurf[1]) bemerkt: der Schutz des Paragraphen sei dadurch bedingt, daß die Bezeichnung einen eigentümlichen und unterscheidenden Charakter habe; allgemein übliche Bezeichnungen, wie: „Kleiderbazar", „Stehbierhalle" können nicht zu Gunsten eines Einzelnen monopolisiert werden; „in dieser Beziehung die Grenze des Zulässigen festzustellen, muß der Entscheidung des einzelnen Falles überlassen bleiben." Einen eigentümlichen und unterscheidenden Charakter hätte nun die klägerische Bezeichnung allerdings dann nicht, wenn sie sich auf die Ankündigung „Möbelhandlung" beschränken werde, da hiemit nur der Gegenstand und die Art des Geschäfts bezeichnet wäre. Dagegen wird man nicht ohne weiteres sagen können, daß die besondere Bezeichnung „zur billigen Möbelhandlung" für die Unterscheidung eines bestimmten Geschäfts ungeeignet sei; nimmt man doch keinen Anstand, Geschäftsbezeichnungen, wie: „grand hotel"[2]), „zur guten Quelle"[3]) für schutzfähig zu erklären und wird sogar bezüglich der von der Begründung angeführten „Stehbierhalle" die Entscheidung noch von den konkreten lokalen Verhältnissen abhängig gemacht[4]). Den letzteren, soweit sie erhoben wurden, ist im vorliegenden Falle nichts zu entnehmen, was die Möglichkeit jener Auffassung ausschlöße; die Ausführungen der Parteien darüber, wie jede von ihnen ihr Geschäft betreibe, sind hieher ohne Belang und ebenso kann dem Umstand keine Bedeutung beigelegt werden, daß der Gebrauch der klägerischen Firma erst seit kurzer Zeit stattfindet[5]).

Nach all' dem kann dem Unterrichter, der die Frage nur in abstracto und mit Gründen, die erst selbst wieder der Begründung bedürfen, entschieden hat, nicht beigepflichtet

1) bei Bachem S. 37.
2) Finger a. a. O. S. 206.
3) ebendaselbst S. 207 und Müller a. a. O. S. 113.
4) Müller a. a. O. S. 113 Note 1.
5) Siehe Finger a. a. O. S. 201 f.

werden. Der Anspruch des Klägers ist vielmehr für glaubhaft gemacht zu erachten und daher unter Abänderung des erstinstanzlichen Urteils dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung stattzugeben.

Der Anspruch aus § 8 geht — neben dem Schadensersatze — auf Unterlassung der mißbräuchlichen Art der Benützung der klägerischen Geschäftsbezeichnung durch den Beklagten; da diese Benützung aber zu einem rechtswidrigen, der Gegenwart angehörigen Zustand, dem Haben des Schildes, geführt hat, so begreift die Pflicht zur Unterlassung zunächst die Pflicht zur Entfernung des Schildes in sich[1]), wobei übrigens dem Beklagten vom Kläger freigestellt wurde, statt der Entfernung des ganzen Schildes aus dessen Aufschrift das Wort „billigen" zu streichen.

Urteil des II. Civilsenats vom 18. Mai 1899 in Sachen Beiermeister gegen Ruck.

19.

Abweisung der Klage, weil dem im Termine zur mündlichen Verhandlung nicht erschienenen Beklagten die Klage nicht ordnungsmäßig zugestellt worden ist?

Eine Civilkammer hatte eine Klage durch Urteil angebrachtermaßen abgewiesen, weil dem nicht erschienenen Beklagten die Klage nicht ordnungsmäßig zugestellt sei (was Klägerin im Berufungsverfahren nicht bestritten hat) und daher eine Klageerhebung nicht vorliege. Die Berufung des Klägers, worin er geltend machte, es wäre nur eine Zurückweisung des Antrags auf Versäumnisurteil nach § 300 Ziff. 2 C.P.O. gerechtfertigt gewesen, der Mangel in der ursprünglichen Klagerhebung könne durch nachträgliche formrichtige Zustellung eines Schriftsatzes gehoben werden, ist zurückgewiesen worden aus folgenden

Gründen:

1. Die Bestimmungen über das Versäumnisurteil er-

1) Müller a. a. O. S. 40, Jahrbücher der Württ. Rechtspflege Bd. 8 S. 181 und 183.

geben in § 295, 296 C.P.O. als Regel für die im Versäumnisverfahren zu treffende Entscheidung, daß ein Versäumnisurteil gemäß dem Klagantrag zu erlassen, oder die Klage abzuweisen ist. Im Fall der Versäumnis des Beklagten ist die letztere Entscheidung durch keinen Antrag veranlaßt und findet ihre Rechtfertigung daher nur in dieser ausdrücklichen Bestimmung des § 296 und dem Vorliegen der von ihm aufgestellten Voraussetzungen. Die Voraussetzungen der einen und der andern der beiden erwähnten, das Verfahren erledigenden Entscheidungen sind in § 296 C.P.O. für den Fall der Versäumnis des Beklagten — übrigens nur in Umrissen — gegeben, wie sich schon daraus ergiebt, daß nach § 300 Z. 2 u. 3 C.P.O., um die Erlassung eines Versäumnisurteils zu begründen, noch mehr vorliegen muß, als der Antrag auf Versäumnisurteil gegen den nichterschienenen Beklagten und ein den Klagantrag rechtfertigendes thatsächliches mündliches Vorbringen.

2. In § 300 C.P.O. sind im Gegensatz zu der allgemeinen in § 295, 296 C.P.O. gegebenen Regel einer das Verfahren erledigenden Entscheidung einige besonders und im Einzelnen bestimmte und damit als Ausnahmen gekennzeichnete Fälle angeführt, in welchen eine solche das Verfahren erledigende Entscheidung nicht eintritt, sondern die erschienene Partei das Recht behält, das Verfahren weiter fortzusetzen, sei es mittels Antrags auf Vertagung[1]) oder sonstige Erwirkung eines neuen Termins[2]), indem nur der Antrag auf Versäumnisurteil (durch Beschluß) zurückgewiesen wird.

Dies hat jedoch im Fall der Versäumnis des Beklagten nur dann einen Sinn, wenn Aussicht vorhanden ist, daß in dem fortzusetzenden Verfahren der Mangel gehoben werden kann, der die Erlassung des Versäumnisurteils ver-

---

1) Gaupp C.P.O. 3. Auflage zu § 300 II. Abs. 2. S. 668, Petersen C.P.O. 3. Auflage zu § 300 Bem. 2. S. 649.

2) Wilmowski-Levi C.P.O. 7. Auflage zu § 300 Bem. 2. S. 538.

hindert, und die Ausnahme von der Regel des § 296 kann daher auch nur so gemeint sein. Die in § 300 C.P.O. Ziff. 1—3 aufgeführten Fälle sind denn auch solche, bei welchen regelmäßig eine Hebung des Mangels in Aussicht zu nehmen ist. Bei Ziffer 1, der Nachweisung eines von Amtswegen zu berücksichtigenden Umstandes, ist dagegen immerhin in Betracht zu ziehen, daß sich eine solche auch von vornherein als unmöglich darstellen kann, und für diesen Fall wird angenommen, es habe Abweisung der Klage gemäß § 296 Abs. 2 C.P.O. einzutreten [1]).

3. Nach der Regel des § 296 ist gemäß dem Klagantrag das Versäumnisurteil zu erlassen, soweit das thatsächliche mündliche Vorbringen des Klägers, das bei dem Nichterscheinen des Beklagten als zugestanden anzunehmen ist, den Klagantrag rechtfertigt; soweit dies nicht der Fall ist, soll die Klage abgewiesen werden. Zur Rechtfertigung des Klagantrags gehört nicht nur das, was eine Entscheidung gemäß dem Antrag materiellrechtlich begründet, den Anspruch begründet, sondern auch was eine solche Entscheidung nach dem Prozeßrecht begründet, die Geltendmachung mit einem Antrag im Rechtsstreit begründet, es gehört also insbesondere dazu auch das Vorliegen der sogenannten Prozeßvoraussetzungen, insbesondere der Klagerhebung, wie auch der Zuständigkeit [2]). Bei der Frage, ob diese Prozeßvoraussetzungen vorliegen, wird es gleichfalls teilweise auf das thatsächliche mündliche Vorbringen des Klägers ankommen z. B. wenn die Vereinbarung der Zuständigkeit eines Gerichts behauptet wird und ausreicht, um die Zuständigkeit zu begründen. Daneben hat immer die rechtliche Würdigung einzutreten, die überall von Amtswegen vor sich geht. Aber vielfach und so bei der Frage der Klagerhebung handelt es sich nicht um bloße Thatsachen, die von der Partei mündlich vorzubringen und vom Gericht rechtlich zu würdigen

1) Gaupp C.P.O. 3. Auflage zu § 300 Nr. 1, III. S. 669.

2) zu vergl. Gaupp C.P.O. 3. Auflage zu § 296 II. S. 661, ferner R.G. 34 Nr. 103.

wären, zumal nicht um ein vorher mitgeteiltes thatsächliches Vorbringen (§ 300 Ziff. 3), wie denn auch in den Klagschriften nicht gesagt zu werden pflegt, es werde in der mündlichen Verhandlung vorgebracht werden, die Klage sei durch diese und jene thatsächlichen Vorgänge erhoben. Vielmehr handelt es sich hier um Vorgänge, die in bestimmten rechtlichen Formen vor sich zu gehen haben, teils in der mündlichen Verhandlung selbst wie andere Prozeßhandlungen, teils außerhalb der mündlichen Verhandlung wie die Klagerhebung. Diese letztere besteht in der Zustellung, also einer Förmlichkeit, die mit einem Schriftstück vorzunehmen ist, das seinerseits die in § 230 C.P.O. bestimmten Formerfordernisse erfüllt. Solche Voraussetzungen können nicht durch Behauptung bloßer Thatsachen gegeben sein und das thatsächliche mündliche Vorbringen, von dem in § 296 C.P.O. die Rede ist, enthält sie nicht, sie müssen anderweitig vorliegen und zwar müssen sie, wenn sie nicht in der mündlichen Verhandlung selbst vor sich gehen, durch Beurkundung über den formgemäß eingetretenen Vorgang dargethan werden. Ist dies nicht der Fall, so liegen diese Voraussetzungen nicht vor, und liegen sie, oder liegt hier die Voraussetzung der Klagerhebung nicht vor, so ist der Klagantrag nicht gerechtfertigt und kann auch durch das im Uebrigen schlüssige thatsächliche mündliche Vorbringen des Klägers nicht gerechtfertigt werden, die Klage ist daher nach der Regel des § 296 C.P.O. abzuweisen. Einer der Ausnahmsfälle des § 300 liegt nicht vor, da die Klagerhebung dort nicht erwähnt wird, oder getroffen ist, übrigens wäre dieser Mangel auch kein im späteren Verfahren zu behebender, wenigstens nicht im Versäumnisverfahren. Es kann zwar auf solche Formerfordernisse verzichtet werden und so auch auf die Voraussetzung der Klagerhebung gemäß § 267 C.P.O., auch stillschweigend — durch die Möglichkeit des Verzichts unterscheiden sich diese Voraussetzungen unter anderem von den „Umständen", die „von Amtswegen zu berücksichtigen" sind — aber im Versäumnisverfahren kommt es nicht zu einem solchen Verzichte.

Im vorliegenden Fall ist die zur Rechtfertigung des Klagantrags erforderliche Voraussetzung der Klagerhebung nicht nur nicht als zutreffend in der erwähnten Weise dargethan, sondern es ist im Gegenteil dargethan, daß eine giltige Klagerhebung nicht vorliegt, indem der Kläger Urkunden vorgelegt und vorgetragen hat, nach denen die Klagezustellung, wie der erste Richter zutreffend annimmt und begründet, in einer ungiltigen Weise erfolgt ist.

Die Klage war daher nach dem Ausgeführten gemäß § 296 Abs. 2 C.P.O. abzuweisen und zwar, da eine eigentliche Klage gar nicht vorliegt, „angebrachtermaßen"; die Berufung des Klägers ist nach derselben, durch § 504 auf das Berufungsverfahren übertragenen Vorschrift zurückzuweisen[1]).

Urteil des I. Civilsenats vom 2. Dezember 1898 in Sachen Krämer gegen Kayser.

20.

Zu § 304 (alte Fassung § 276) C.P.O.

Laut Thatbestand eines Urteils hat Bekl. „in erster Linie gegen die Klage eingewendet, daß der Beklagte mit dem Kläger in keinem Vertragsverhältnisse stehe, und sich weiteres Vorbringen in der Richtung der Unbrauchbarkeit der von dem Kläger hergestellten Maschine für alle Fälle vorbehalten" und es „vereinbarten sodann die Parteivertreter, daß die weitere Verhandlung zunächst auf den Grund des klägerischen Anspruchs — Kaufvertrag zwischen den Parteien — zu beschränken sei". Die Civilkammer erkannte auf einen Eid des Klägers und erklärte im Fall seiner Leistung den „Grund des klägerischen Anspruchs — Kaufvertrag zwischen den

1) Im Ergebnis ebenso: Gaupp C.P.O. 3. Auflage zu § 300 III Nr. 1 S. 669 und Nr. 2. S. 670 oben; Seuffert C.P.O. 7. Auflage zu § 300 Bem. 4 S. 436 oben, zu § 296 Bem. 2 S. 429 mit Bezugnahme auf § 295. Bem. 2 Abs. 3, vergl. auch Sydow und Busch C.P.O. zu § 335 Ziff. 1 der neuen C.P.O; Planck C.P.Recht Bd. II § 132 S. 369 vergl. S. 361, 364.

Parteien — gerechtfertigt", während im Fall der Verweigerung des Eids die Klage abgewiesen werden sollte.

Auf eingelegte Berufung ist dieses Urteil aufgehoben und die Sache an das Gericht erster Instanz zurückverwiesen worden aus folgenden

Gründen:

Wie die Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils außer Zweifel stellen, wollte der Unterrichter ein Zwischenurteil im Sinne des § 276 Abs. 1 der C.P.O. erlassen und er hat auch nach Z. II der Urteilsformel ein solches Urteil erlassen.

Nach der eben angeführten Gesetzesbestimmung kann, wenn ein Anspruch nach Grund und Betrag streitig ist, das Gericht über den Grund vorab entscheiden. Der Grund des Anspruchs ist nicht identisch mit dem Klagegrund, sondern umfaßt außer demselben alle den Anspruch selbst (im alleinigen Gegensatz zu dessen Betrag) betreffenden Streitpunkte, so daß, wenn nach Erledigung sämtlicher Angriffs- und Verteidigungsmittel der Anspruch für begründet erklärt wird, nur noch dessen Betrag streitig bleibt[1]). Gegen diesen Grundsatz verstößt die unterrichterliche Entscheidung. Es liegen zwei Streitpunkte vor, sofern die Verpflichtung des Bekl. zur Bezahlung des geforderten Kaufpreises nicht bloß von dem Abschluß eines Vertrags zwischen den Parteien, sondern weiterhin noch von der Erfüllung des Vertrags durch die Klägerin abhängt. Das Urteil hat nur über den ersten Streitpunkt — die Aktivlegitimation der Klägerin — entschieden. Ueber einen einzelnen, den Anspruch nicht erledigenden, sondern nur mitbedingenden Streitpunkt, „ein einzelnes Element des Grunds des Anspruchs"[2]), kann aber nicht durch ein Zwischenurteil im Sinne des § 276 der C.P.O., sondern nur durch ein einfaches, den Rechtsmitteln nicht zugängliches Zwischen-

1) Vergl. Entsch. des Reichsgerichts Bd. 31, S. 361; Jur. Wochenschrift v. 1898 S. 69, Nr. 10.

2) Entsch. des Reichsgerichts Bd. 6, S. 431.

urteil im Sinne des § 275 der C.P.O. entschieden werden.

Ohne Belang ist, daß die Parteien vereinbarten, es solle die Verhandlung zunächst „auf den Grund des Klägerischen Anspruchs — Kaufvertrag zwischen den Parteien" — beschränkt werden, und daß Bekl. sich seine Einwendungen gegen die Brauchbarkeit der Maschine vorbehielt. Denn ob die eine oder die andere Art von Zwischenurteil zu erlassen sei, bestimmt das Gesetz; die im öffentlichen Interesse getroffene Bestimmung des Gesetzes kann aber durch Vereinbarungen oder Vorbehalte der Parteien nicht beseitigt werden.

Der Verstoß des Unterrichters hat nach der Entscheidung der Vereinigten Civilsenate des Reichsgerichts[1]) nicht die Unzulässigkeit der Berufung zur Folge, sondern bewirkt nur, daß das inkorrekte Urteil aufzuheben und die Sache in die vorige Instanz zurückzuverweisen ist.

Urteil des II. Civilsenats vom 10. März 1898 in Sachen Gaiser gegen Schick.

21.

Zu § 304 (früher § 276) C.P.O.

Kläger haben beim Beklagten einen „Gipsbrecher" bestellt und erhalten; nach ihrer Behauptung entspricht die gelieferte Maschine nicht den Zusagen des Beklagten. Kläger haben deshalb Klage erhoben mit dem Antrag, den Beklagten zu verurteilen

1. den Gipsbrecher in den der Garantie entsprechenden Zustand herzustellen und

2. den Klägern den bis zur Klagerhebung entstandenen Schaden mit 1133 Mark und den seither entstandenen und künftig entstehenden Schaden, der, wenn der Beklagte die gelieferte Maschine zur Instandsetzung zurücknimmt, den Klägern dadurch entsteht, daß die Maschine während dieser Zeit

1) Entsch. Bd. 7, S. 421; Jur. Wochenschrift von 1898 S. 46.

nicht benützt werden kann, vorbehältlich der näheren Liquidation zu ersetzen.

Das Landgericht hat durch Teilurteil den Beklagten in Gemäßheit des ersten Klageantrags verurteilt und durch Zwischenurteil ihn für schuldig erklärt, den Klägern „denjenigen Schaden zu ersetzen, der diesen bis zur Klagerhebung wie auch seit der Klagerhebung bis zur vertragsmäßigen Instandsetzung des Gipsbrechers dadurch entstanden ist und entstehen wird, daß die nicht der Garantie entsprechende Beschaffenheit des Gipsbrechers, Störungen im Betrieb oder an andern Maschinen verursacht hat, insbesondere den Schaden, der durch die mit der Nachbesserung des Gipsbrechers verbundene Betriebsstörung entstehen wird".

Auf Berufung des Beklagten ist dieses Zwischenurteil aufgehoben und die Sache zu weiterer Verhandlung an das erste Gericht zurückverwiesen worden aus folgenden

Gründen:

Durch das unangefochtene Teilurteil hat der erste Richter entschieden, daß der Beklagte für eine ständige Leistung der verkauften Maschine von 100 Zentnern in der Stunde Garantie übernommen habe, daß die Maschine dieser Garantie nicht entspreche, und daß daher der Beklagte die Maschine in den garantiemäßigen Zustand zu versetzen habe. Hiebei wird, abgesehen davon, daß die Maschine im Allgemeinen als nicht stark genug gebaut bezeichnet ist, allerdings nicht näher bestimmt, welche Mängel im Einzelnen vorhanden, von der Garantie umfaßt und demgemäß abzustellen sind.

Der gleiche Entscheidungsgrund, daß der Garantie nicht entsprochen sei, der übrigens als solcher der Rechtskraft nicht fähig ist (§ 293 — jetzt § 322 — C.P.O.), führt auch zu einer Entscheidung über den Schadensersatzanspruch dahin: daß der Schaden zu ersetzen ist, der durch den nicht garantiemäßigen Zustand der Maschine herbeigeführt worden ist und herbeigeführt werden wird. Es bedarf hiezu nur der Beiziehung des Rechtssatzes, daß der Käufer bei Nichtvorliegen garantierter Eigenschaften für das Interesse des

Käufers haftet[1]). Wenn weiter nichts zu dem im Teilurteil enthaltenen Entscheidungsgrund hinzugefügt wird, als der Ausspruch dieses Rechtssatzes, so ist damit ein weiteres Eingehen auf den vorliegenden Fall, eine weitere Entscheidung über den vorliegenden Streitstoff, als die im Teilurteil getroffene, nicht gegeben und ein Zwischenurteil hat bei solcher Allgemeinheit jedenfalls eine geringe Bedeutung für die Erledigung des vom Teilurteil noch übrig gelassenen Streitstoffs.

Das Zwischenurteil des ersten Richters über den Schadensersatzanspruch ist zunächst nach seiner Urteilsformel in der Hauptsache so allgemein wie die eben bezeichnete Entscheidung. Der Schaden wird allerdings zeitlich eingeteilt: bis zur Klagerhebung u. s. w. und etwas näher bezeichnet: als der durch Störungen im Betrieb oder an anderen Maschinen entstandene Schaden; aber dies ergiebt kein Hinausgehen über die bezeichneten allgemeinen Erwägungen.

Nach den Entscheidungsgründen des ersten Richters ist das Zwischenurteil allerdings nicht sowohl auf die Garantie gestützt als auf Verschulden des Beklagten. Ein solches Verschulden wird darin gefunden — und dies erscheint als ein teilweises weiteres Eingehen auf den vorliegenden Fall und Streitstoff —, daß der Beklagte eine Maschine als der zugesagten Eigenschaft entsprechend geliefert habe, von der sich der Beklagte bei gehöriger Sorgfalt hätte überzeugen können, daß sie dieser Eigenschaft nicht genügt. Es wird entschieden, daß der durch dieses Verschulden herbeigeführte Schaden ersetzt werden müsse. Ob jedoch im vorliegenden Fall in Wirklichkeit ein Schaden durch solches Verschulden herbeigeführt worden ist, und also ein Schadensersatzanspruch der Kläger wirklich besteht, scheint nicht entschieden zu sein, sondern von dem Nachweis abhängig gemacht werden zu sollen, daß die als vorgekommen angenommenen Brüche oder Be-

1) Zu vergl. Motive zum Entwurf I B.G.B. bei § 385 Bd. II S. 228; Dernburg Pand. Bd. II § 100, 5. Auflage S. 276; Windscheid Pand. II. § 393.

schädigungen von Maschinenteilen und Nacharbeiten an der Maschine, durch welche Störungen des Geschäftsbetriebs vermöge Außerbetriebsetzung der Maschine herbeigeführt worden seien, durch die vertragswidrige Beschaffenheit der Maschine verursacht seien. Dieser Nachweis ist dem späteren Verfahren vorbehalten. Nur so viel scheint bestimmt entschieden sein zu sollen, daß künftig ein Schaden entstehen werde, der zu ersetzen sei, nämlich der Schaden, der bei einer Außerbebetriebsetzung der Maschine zum Zweck der Nachbesserung gemäß dem Teilurteil entstehen werde.

Es scheint demnach nicht sicher zu sein, ob überhaupt derzeit ein Schadensersatzanspruch der Kläger besteht.

Nach dem vorliegenden Streitstoff wäre es denkbar gewesen, daß der erste Richter über den Grund des erhobenen Schadensersatzanspruchs eine Entscheidung dahin hätte treffen wollen und getroffen hätte:

Der Beklagte hat den Klägern den Schaden zu ersetzen, der diesen entstanden ist:

1. durch den Stillstand des Betriebs vom 10.—19. August 1897 infolge Bruchs der Grundplatte eines Brechbackens,

2. durch die Mehrausgabe an Arbeitslohn in der Zeit vom 31. August bis 15. September 1897 für Vorzerkleinerung der Gipssteine zur Schonung des sofort nach Einsetzen wieder gesprungenen Brechbackens,

3. durch den Stillstand des Betriebs vom 22.—26. Oktober 1897 wegen Herausnahme der nicht genügend starken Antriebswelle zum Anbringen einer Verbesserung, sowie wegen Beschaffung neuer Brechbacken,

4. durch den Stillstand des Betriebs vom 27.—29. Oktober 1807 wegen Bruchs einer Gleitrolle.

5. durch den Stillstand des Betriebs vom 15.—21. Dezember 1897 wegen Bruchs einer Schubstange (Pleuelstange),

6. durch den Aufwand für Wiederherstellung „anderer Maschinen" d. h. — wie allerdings nur nach diesen Worten der Urteilsformel des angefochtenen Zwischenurteils und der Andeutung in dem Brief vom 15. Dezember 1897 der-

zeit vermutet werden kann — des durch abgeschlagene Schraubenköpfe zu schwacher Brechbackenschrauben am 15. Dezember 1897 beschädigten Mahlgangs und der damit zusammenhängenden (Dampf-)Maschine,

7. durch den Stillstand des Betriebs vom 26. Januar bis 31. Januar 1898 wegen Bruchs der wiederhergestellten Schubstange,

8. durch den Stillstand des Betriebs vom 18.—22. Februar 1898 wegen Bruchs der andern Schubstange.

9. Ferner ist der Schaden zu ersetzen, der von der Klagzustellung ab entstanden ist oder noch entstehen wird durch Störungen des Betriebs infolge weiterer, bei ordnungsmäßiger Benützung und vorbehältlich der ordentlichen Abnützung der Maschine eingetretener Beschädigungen oder Brüche der genannten Maschinenteile sowie der Schaden, welcher durch Störung des Betriebs wegen Instandsetzung der Maschine gemäß dem Teilurteil entstehen wird.

Ueber den Schaden zu Ziff. 9 mag hier schon bemerkt werden, daß es sich um eine der sonstigen Leistungsklage auf Schadensersatz beigefügte Feststellungsklage handelt, bei welcher mit dieser Feststellung der ganze vorliegende Prozeßstoff entschieden ist und eine Teilung desselben nach Grund und Betrag nicht in Frage kommt.

Demgegenüber fragt es sich nun, ob die vom ersten Richter in dem angefochtenen Zwischenurteil getroffene Entscheidung immerhin noch genügend bestimmt ist, um als eine Entscheidung des § 276 (304) C.P.O. gelten zu können, als welche sie ohne Zweifel gemeint ist.

Nach der Rechtsprechung wird verlangt, daß über den gesamten Klagegrund und über die gegen die Begründung des Anspruchs gerichteten Einreden zu entscheiden sei, daß außer dem Betrag nichts mehr zu entscheiden bleiben dürfe, daß nicht bloß über einzelne Elemente des Klagegrundes oder über einen von mehreren Klagegründen oder über den Klagegrund vorbehältlich der Einreden insbesondere der Gegenforderungen, nicht bloß über Grundsätze der Entscheidung

und bei Schadensersatzansprüchen nur so entschieden werden dürfe, daß nicht bloß die Verpflichtung zum Ersatz, sondern auch die Existenz eines Schadens feststehen müsse und zwar bei mehreren Handlungen für jede derselben[1]). Namentlich ist vom Reichsgericht wiederholt ausgesprochen, es müsse entschieden sein, daß der geltend gemachte Schadensersatzanspruch bestehe[2]).

Eine begriffliche Abgrenzung für die Zulässigkeit eines Urteils gemäß § 276 (304) C.P.O ist aus der Unterscheidung zwischen „Grund" und „Betrag" eines Anspruchs allerdings nicht zu entnehmen. Unter dem „Grund" des Anspruchs im Sinne des § 276 (304) C.P.O. wird nach dem Wortlaut und Zweck das zu verstehen sein, was den Anspruch begründet, also das Vorliegen der Thatsachen und das Zutreffen der Rechtssätze auf diese Thatsachen, durch welches der geltend gemachte Anspruch begründet ist.

Wenn nun in einem der Fälle, für welchen die Vorabentscheidung über den Grund nach § 276 (304) zweifellos anwendbar ist, z. B. bei der Klage wegen Schadensersatzes aus einer Körperverletzung, entschieden ist, der Beklagte sei verpflichtet, den Schaden zu ersetzen, den der Kläger durch eine näher bezeichnete Verletzung erlitten habe, und, nach dieser Entscheidung über den „Grund", über den „Betrag" des Anspruchs weiter verhandelt und entschieden wird, so ist auch dann noch immer zu prüfen, ob der geltend gemachte Schadensersatzanspruch — etwa im Betrag von 100 Mark — in diesem Betrage und zwar in jedem einzelnen Pfennig seines Betrags, der bestritten wird, begründet ist, indem der fragliche Schaden herbeigeführt worden ist durch die Verletzung (und damit, soviel nur ist durch die Vorabentscheidung erledigt, durch die vom Beklagten zu vertretende Handlung). Es ist in dieser Prüfung (einer Teilstrecke) des ursächlichen Zusammenhangs, die auch jetzt noch übrig bleibt, immer noch

1) Gaupp C.P.O. 3. Auflage zu 276.

2) Vergl. Entsch. des Reichsgerichts Bd. 16, S. 387., Bd. 31, S. 361; Jurist. Wochenschrift 1890 S. 411, 1896 S. 204, 1895 S. 518.

für jeden einzelnen Teil des Anspruchsbetrags eine Prüfung der Frage enthalten, ob der Anspruch, wie er geltend gemacht wird, begründet ist und in diesem Sinne wird auch jetzt wieder eine Entscheidung über den Grund gegeben. Nur scheinbar ist über den Grund vorab entschieden, indem über einen der Entscheidung über die Einzelbeträge gemeinsamen Teil des Grundes entschieden und dessen Prüfung erledigt ist, so darüber, daß die vorliegende Verletzung des Klägers durch eine in ihren Folgen zu vertretende widerrechtliche Handlung des Beklagten herbeigeführt ist, wobei dann im weiteren Verfahren nur noch der weitere ursächliche Zusammenhang zwischen der zu vertretenden Handlung und dem Schaden, der Zusammenhang von der Verletzung ab, zu prüfen bleibt. Man kann also eigentlich von einem Urteil nach § 276 (304) nicht verlangen, daß es über den Grund des geltend gemachten Anspruchs voll entscheide; würde es dies thun, dann würde für die Entscheidung über den Betrag kein Raum mehr übrig bleiben. Auch die Entscheidung über den Betrag ist eine solche über den Grund des Anspruchs.

Immerhin lassen sich aber aus § 276 (304) C.P.O Anhaltspunkte für die Abgrenzung nicht bloß der Zweckmäßigkeit, sondern auch der Zulässigkeit einer Vorabentscheidung über den sogenannten Grund des Anspruchs entnehmen. Die Vorabentscheidung des § 276 (304) C.P.O. muß sich jedenfalls aussprechen über den Grund des geltend gemachten Anspruchs. Dies deutet die Rechtsprechung offenbar zutreffend dahin, daß entschieden werden muß, ob der Anspruch begründet ist. Es muß entschieden sein, daß der geltend gemachte Anspruch überhaupt besteht, wenn auch in einem noch unbestimmten Betrag, vielleicht in ganz unbedeutendem Betrag. Es darf also nicht im Ungewissen bleiben, ob ein zu ersetzender Schaden überhaupt entstanden ist, ob Einreden zutreffen, welche den Anspruch im Ganzen zu beseitigen vermögen, es dürfen nicht bloß allgemeine Rechtssätze ausgesprochen werden, ohne daß geprüft ist, ob sie in Anwendung auf den vorliegenden Fall einen Anspruch begründen

Es muß über den geltend gemachten Anspruch im Ganzen eine Entscheidung getroffen sein, dahin daß er besteht, daß er begründet ist, in irgend einem Betrage.

Das angefochtene Zwischenurteil läßt es nun nach dem oben Ausgeführten ungewiß, ob der geltend gemachte Schadensersatzanspruch als begründet erklärt werden soll, insofern es ungewiß bleibt, ob ein durch Verschuldung herbeigeführter und also zu ersetzender Schaden wirklich vorliegt. Es handelt sich übrigens, wie oben ausgeführt, um eine Reihe von Ansprüchen und es ist auch bei Heranziehung der Entscheidungsgründe nicht sicher, welche von diesen Ansprüchen und ob überhaupt einer von den als bereits entstanden geltend gemachten für begründet erklärt, welche Einreden gegen die einzelnen Ansprüche erledigt und abgeschnitten sein sollen. Die Entscheidung geht auch mit ihren Gründen so wenig ins Einzelne des vorliegenden Falles, daß es unsicher bleibt, was von demselben entschieden und als Grundlage für das weitere Verfahren festgelegt sein soll.

Ein solches Urteil entscheidet in Wirklichkeit nicht über den Grund des Anspruchs im möglichen Sinn des § 276 (304) C.P.O. und wenn es trotzdem als solche Entscheidung erlassen ist, so ist das nach feststehender Rechtsprechung als ein wesentlicher Mangel im Verfahren zu behandeln und das Urteil wegen dieses Mangels aufzuheben unter Zurückverweisung der Sache an das erste Gericht nach § 501 (539) C.P.O.[1]). Soweit sich die Entscheidung nach dem oben Ausgeführten als Entscheidung über eine Feststellungsklage darstellt, ist sie zu näherer Bestimmung ihres Inhalts zu sehr auf den Zusammenhang mit der übrigen Entscheidung angewiesen, als daß sie selbständig bestehen könnte.

Urteil des I. Civilsenats vom 11. Juli 1899 in Sache Eitle gegen Fritz.

---

1) Entsch. des Reichsgerichts B. 7, S. 426; Bd. 31, S. 362; Bd. 39, S. 396.

22.

Beweislaſt in betreff des Erlöſes aus Waaren, die der Gläubiger zahlungshalber mit der Verpflichtung, ſie beſtmöglich zu verkaufen, übernommen hat.

Beklagte R. iſt der Klägerin A. u. Cie. aus Warenkäufen rund 90000 Mark ſchuldig geworden. Im Sommer 1898 haben die Parteien eine ſchriftliche Vereinbarung getroffen, in der es u. a. heißt: „Die Firma R. überſchreibt als Sicherheit den Herren A. u. Cie." eine Reihe Waren im Anſchlag von 67000 Mark. „Dieſe Waren werden von den Herren A. u. Cie. beſtmöglich realiſiert und gegen den Erlös derſelben geben die Vorgenannten der Firma R. Accepte im gleichen Betrag zurück". Klägerin hat auf Bezahlung eines Teilbetrags ihrer Forderung mit 18000 Mark Klage erhoben, in dem ſie vortrug: für die ihr als Sicherheit überſchriebenen Waren habe ſie nur rund 25000 Mark erlöſt und erlöſen können. Beklagte hat dies beſtritten. Aus den

Gründen

des Berufungsurteils:

Im Gegenſatz zur Anſicht des vorigen Richters iſt davon auszugehen, daß Klägerin zu beweiſen hat, daß ſie nur die von ihr angegebenen Preiſe für die fraglichen Waren erzielt hat und höhere Preiſe (trotz Anwendung der gebotenen Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns) zu erzielen nicht in der Lage war. Das ergiebt ſich ſchon daraus, daß Klägerin — wie ſie ſelbſt hervorgehoben hat — in Betreff des Verkaufs der Waren gegenüber der Beklagten eine ähnliche Stellung wie ein Kommiſſionär eingenommen hat, der Verkaufskommiſſionär aber ohne Frage beweiſen muß, daß er trotz Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns keinen höheren Preis als den nachweisbar vereinnahmten hat erzielen können: vgl. Art. 361, 378 Allg. Deutſch. H.G.B. [1]). Derſelbe Grundſatz gilt, wenn ein Gläubiger einen Wechſel zahlungshalber nimmt, in Betreff der Beitreibung der Wechſel-

1) Staub: Kommentar zum H.G.B. § 4 zu Art. 361.

summe[1]). Klägerin hat die in Rede stehenden Waren zahlungshalber mit der Verpflichtung sie „bestmöglich zu realisieren" übernommen; sie darf daher nicht auf ihre ursprüngliche Forderung ohne weiteres zurückgreifen, sondern muß nachweisen, welcher Betrag dieser Forderung unbefriedigt geblieben ist, obwohl sie jener Verpflichtung mit der erforderlichen Sorgfalt nachgekommen ist, das entspricht den bei Auslegung derartiger Verträge maßgebenden Geboten von Treu und Glauben und der Natur der Sache: die Lage der Beklagten wäre sehr mißlich, wenn sie nachweisen müßte, was Klägerin thatsächlich erlöst hat und erlösen konnte, während es der Klägerin als Verkäuferin nicht schwer fallen kann, die von ihr erzielten Preise und die Lage der Verhältnisse zur Zeit der Verkäufe in einer Weise darzulegen, daß der Richter beurteilen kann, ob sie mit der pflichtgemäßen Sorgfalt verfahren ist. (Im weiteren Verlauf der Gründe ist sodann bemerkt: ein strikter Beweis dafür, daß Klägerin keine höheren Preise habe erzielen können, als sie erwiesenermaßen thatsächlich erzielt habe, sei nicht wohl möglich, das Gericht müsse sich vielmehr damit begnügen, die Gesamtheit der dargelegten Umstände und etwaige gegen die Anwendung der gehörigen Sorgfalt seitens der Klägerin und für die Möglichkeit der Erzielung höherer Preise sprechende besondere Thatsachen zu prüfen und zu erwägen, ob hienach die Anwendung pflichtgemäßer Sorgfalt seitens der Klägerin für dargethan zu erachten sei.)

Urteil des I. Civilsenats vom 18. Februar 1900 in Sachen Rothschild gegen Argus u. Cie.

23.

Beweislast des gegen Unfälle Versicherten[2]).

Der bei der beklagten Gesellschaft versicherte Kaufmann A. A. ist bei Nacht aus einem Fenster seines Schlafzimmers

1) Thöl, Wechselrecht (4. Aufl.) § 183; R.O.H.G. bei Seuffert 32 Nr. 194; R.G. 27 Nr. 20 S. 89—90.

2) Vergl. oben S. 26.

herausgestürzt und an den Folgen des Sturzes gestorben. Gegen die auf Bezahlung der für den Fall des Todes infolge Unfalls festgesetzten Versicherungssumme hat Beklagte eingewendet: Kläger — die eine bestimmte Behauptung über den Hergang bei dem Sturz des A. nicht aufgestellt haben — seien nicht im Stand, eine Behauptung dahin aufzustellen, ob ein versicherungspflichtiger Unfall im Sinn der Versicherungsbedingungen vorliege; Selbsttötung sei nicht ausgeschlossen, auch in der Trunkenheit könne der Sturz erfolgt sein oder im Somnambulismus, also in einer Art Geisteskrankheit.

Es wurde nach dem Klageantrag erkannt. Aus den

Gründen

des Berufungsurteils:

Es fragt sich zunächst, was die Kläger zur Begründung ihres Anspruchs zu beweisen haben. In § 10 Abs. 1 der Versicherungsbedingungen liegt eine als vereinbart anzusehende Bestimmung über die Beweislast vor. Der erste Satz: „Wer auf Grund dieses Vertrags Ansprüche erhebt, hat den Beweis zu führen, daß die Umstände eingetreten sind, welche die Zahlungsverpflichtung der Gesellschaft bedingen", erscheint als eine Wiederholung der anerkannten allgemeinen Beweislastregel, daß derjenige, welcher einen Anspruch geltend macht, die zur Begründung desselben erforderlichen Thatsachen zu beweisen hat[1]). Jedenfalls hätte eine Abweichung von dieser und anderen allgemeinen Beweislastregeln deutlich zum Ausdruck gebracht werden müssen, was in diesem Satze nicht geschehen wäre. Die Kläger, hätten hienach die Voraussetzungen ihres Anspruchs, wie sie in § 1 Abs. 1 der Versicherungsbedingungen allgemein bestimmt sind, zu beweisen: den Eintritt eines körperlichen Unfalls, von welchem der Versicherte durch äußere gewaltsame Veranlassung unfreiwillig betroffen worden ist und der die weiteren ausgeführten Folgen, hier den Tod durch die kör-

1) Entwurf I. des B.G.B. § 193 Motive dazu S. 382.

perliche Beschädigung unmittelbar verursacht hat. Es könnte nur zweifelhaft sein, ob wirklich auch der Umstand von den Klägern bewiesen werden muß, daß der Versicherte „unfreiwillig" von dem Unfall betroffen worden ist. In dieser Richtung ergiebt aber der weitere Satz des § 10 eine ausdrückliche Vereinbarung über die Beweislast: „Besteht darüber ein Zweifel, ob Selbsttötung oder der Versuch der Selbsttötung, Selbstbeschädigung oder ob ein Unfall vorliegt, so ist der Beweis, daß letzterer zutreffe, von demjenigen zu führen, welcher Ansprüche geltend macht". Diese freiwillige Herbeiführung des Schadens, indem sich der Versicherte den Unfall „absichtlich zuzieht", durch Selbsttötung oder Selbsttötungsversuch (ohne Unterschied des Geisteszustandes) sich zuzieht, ist auch in § 4 der Versicherungsbedingungen als Ausnahme von der Verpflichtung der Gesellschaft angeführt, indem gesagt wird, „die Versicherung gilt nicht für" diese ebenerwähnten und außerdem für zahlreiche andere Unfälle, so auch die, welche der Versicherte sich sonst „infolge von Geistesstörung" oder durch „grobe Fahrlässigkeit" oder „in der Trunkenheit" zuzieht. Nach den allgemeinen Regeln der Beweislast, die wie bemerkt durch den ersten Satz des § 10 wiederholt oder nicht ausgeschlossen sind, hätten die Kläger das Nichtzutreffen dieser Ausnahmen des § 4 nicht zu beweisen, sondern es wäre Sache der Beklagten, ihr Zutreffen zu beweisen und dies ist hier um so mehr anzunehmen, als nur für die Ausnahmen der Selbsttötung und Selbstbeschädigung etwas Besonderes, Gegenteiliges in § 1 Satz 2, wie bemerkt, bestimmt ist.

Auch die Fassung des ersten Satzes von § 10: es sei der Beweis zu führen, „daß die Umstände eingetreten sind" u. s. w. spricht dafür, daß den Klägern, abgesehen von der nachfolgenden besonderen Bestimmung, nicht der Beweis dafür auferlegt werden sollte, daß gewisse Umstände n i c h t eingetreten sind.

Daß, abgesehen von der Frage der Unfreiwilligkeit, die Voraussetzungen des § 1 Abs. 1 der Versicherungsbeding-

ungen durch die Kläger dargethan sind, unterliegt keinem Zweifel, dagegen fragt es sich, in wie weit sie ihrer Beweislast aus dem zweiten Satz des § 10 in Betreff der Selbsttötung gerecht geworden sind.

Dieser Satz legt den Klägern des Näheren nicht unmittelbar den Beweis dafür auf, daß eine Selbsttötung nicht vorliege, sondern wenn „ein Zweifel" darüber „besteht", „ob Selbsttötung" u. s. w. „oder ein Unfall vorliegt", haben die Kläger zu beweisen, „daß letzterer zutreffe".

Daß „Zweifel" in der angegebenen Richtung „bestehen", ist anzunehmen, nachdem die Beklagte die Möglichkeit der Selbsttötung unter denjenigen geltend gemacht hat, von denen eine zutreffen müsse.

Die Bezeichnung „Unfall" wird im rechtlichen Sprachgebrauch häufig von dem Schaden an Gesundheit und Leben gebraucht, der ohne Verschuldung des Betroffenen oder eines Dritten entsteht. Dies ist aber nach dem sonstigen Inhalt der Versicherungsbedingungen nicht als der hier gemeinte Sinn des Wortes anzunehmen, vielmehr zeigen die Versicherungsbedingungen einen andern, im übrigen dem Sinn nach schwankenden Gebrauch des Wortes „Unfall". In § 1 ist das Wort ganz allgemein gebraucht, indem die Unfälle, von denen Jemand durch äußere gewaltsame Veranlassung u. s. w. betroffen wird, durch diese näheren Bezeichnungen von andern Unfällen ausgesondert werden. Während sodann in § 4 die Beschädigungen durch Selbsttötung oder Selbsttötungsversuch mit anderen als „Unfälle" bezeichnet sind, ist in § 10 Satz 2 die Bezeichnung „Unfall" als Gegensatz gegen Selbsttötung, Versuch der Selbsttötung und Selbstbeschädigung gebraucht. Sie umfaßt hier wie eben aus dem bemerkten Gegensatz hervorgeht, die ganze Gruppe der im Uebrigen nach § 1 Abs. 1 in Betracht kommenden Beschädigungen, die nicht unter die gegensätzlich genannten drei Begriffe fallen.

Der den Klägern obliegende Nachweis, daß ein Unfall im Sinne des § 10 Satz 2 vorliege, ist daher erbracht, wenn

sie nachweisen, daß keine dieser drei Ursachen vorliege, also hier keine Selbsttötung, die allein in Frage steht. (Es wird sodann ausgeführt, daß keine — auch keine durch Geisteskrankheit veranlaßte — Selbsttötung vorliege und Beklagte nicht zu beweisen vermöge, daß A. den Unfall in der Trunkenheit oder durch grobe Fahrlässigkeit oder im Nachtwandeln sich zugezogen habe.)

Urteil des I. Civilsenats vom 20. Dezember 1898 in Sachen der Kölnischen Unfallversicherungs-Aktien-Gesellschaft gegen Adelhöfer.

24.

Zu § 338. C.P.O.

Beklagter, Widerkläger hat gegen den Kläger, Widerbeklagten eine Schadensersatzforderung erhoben, die er auf die Behauptung gründete: Widerbeklagter habe als sein Angestellter, obwohl er sich verpflichtet gehabt habe, über alle Geschäftsgeheimnisse die strengste Verschwiegenheit zu bewahren, der Neckarsulmer Fahrradfabrik, deren Alleinvertreter für Stuttgart damals Widerkläger war, die Thatsache verraten, daß die Adlerfahrradwerke in Frankfurt stiller Teilhaber des Widerklägers seien, und habe dadurch die Neckarsulmer Fabrik veranlaßt, ihm ihre Vertretung zu entziehen. Widerbeklagter hat dies bestritten. Der Direktor B. der Neckarsulmer Fabrik hat als Zeuge angegeben: Widerbeklagter habe ihm vor seinem (des Widerbeklagten) Eintritt als Angestellter der Neckarsulmer Fahrradfabrik mitgeteilt, der Direktor der Adlerfahrradwerke sei stiller Teilhaber des Widerklägers; diese Thatsache sei aber schon vorher dem Zeugen in glaubwürdiger Weise durch einen Reisenden mitgeteilt worden. Sie habe dazu beigetragen, daß dem Widerkläger die Vertretung der Neckarsulmer Fabrik entzogen und eine eigene Filiale in Stuttgart gegründet worden sei. Der Vertreter des Widerklägers fragte den Zeugen nach dem Namen des vom Zeugen erwähnten Reisenden, indem er bemerkte: Widerkläger vermute,

daß der betreffende Reiſende die fragliche Mitteilung auf Veranlaſſung des Widerbeklagten gemacht habe und habe deshalb ein Intereſſe daran, den Namen zu erfahren; der Zeuge erachtete ſich jedoch nicht für verpflichtet, den Namen dieſes Reiſenden zu nennen, der ruiniert wäre, wenn er ihn angäbe, und der die Vernehmung leitende beauftragte Richter hat es abgelehnt, den Zeugen zur Beantwortung dieſer Frage aufzufordern, weil die „Vermutung" des Widerklägers keinen Gegenſtand des Beweisbeſchluſſes bilde. Widerkläger hat darauf in der mündlichen Verhandlung beantragt: aus dem beim Zeugenverhör hervorgehobenen Grund den Zeugen B. darüber zu hören, wer der Reiſende ſei, der ihm von der ſtillen Teilhaberſchaft der Adlerfahrradwerke am Geſchäft des Widerklägers Mitteilung gemacht habe. Die Widerklage iſt abgewieſen worden; in Betreff der erwähnten Antrags des Widerklägers beſagen die

Gründe:

Daß jene Mitteilung des Widerbeklagten an B. eine vertragswidrige, ſchuldhafte Handlung war, iſt klar und vom Widerbeklagten ſelbſt nicht beſtritten. Aber es fehlt der urſachliche Zuſammenhang zwiſchen dieſer ſchuldhaften Handlung des Widerbeklagten und dem Schaden des Widerklägers: der Zeuge B. hat angegeben, er habe ſchon einige Zeit vor der Mitteilung des Widerbeklagten von einem Reiſenden in glaubhafter Weiſe erfahren, daß der Widerkläger an den Adlerfahrradwerken einen ſtillen Teilhaber habe. An der Wahrheit dieſer Angabe Bs. (die zudem durch die Ausſage des St. unterſtützt wird) iſt nicht zu zweifeln und auch der Widerkläger beanſtandet ſie nicht. Hienach muß aber angenommen werden, daß die Neckarſulmer Fabrik ſo, wie ſie in Wirklichkeit gethan, auch dann vorgegangen wäre, wenn der Widerbeklagte nicht die ihm zur Laſt gelegte Mitteilung gemacht hätte; es läßt ſich nicht feſtſtellen, daß erſt dieſe Mitteilung die für den Widerkläger nachteilige Entſchließung der genannten Fabrik herbeigeführt, den Ausſchlag für dieſen Entſchluß gegeben hat. Das ſchuldhafte Handeln des Wider-

beklagten blieb daher ohne Folgen für den Widerkläger.

Der vermißte ursachliche Zusammenhang wäre nun freilich hergestellt, wenn es *der Widerbeklagte* gewesen wäre, der jenem Reisenden die Thatsache, daß Widerkläger an den Adlerfahrradwerken einen stillen Teilhaber besitze, mitgeteilt und ihn veranlaßt hätte, hievon die Neckarsulmer Fabrik in Kenntnis zu setzen: denn *darauf* käme nichts an, ob die Fabrik diese Thatsache *mittelbar oder unmittelbar durch den Widerbeklagten* erstmals erfahren hat, es könnte deshalb auch von einer unzulässigen Klagänderung dadurch, daß Widerkläger nunmehr eine angebliche Mitteilung des Widerbeklagten an jenen Reisenden heranzieht, keine Rede sein. Aber es ist eben nicht erwiesen und mit den vom Widerkläger angebotenen Beweismitteln nicht erweislich, daß der betreffende Reisende die fragliche Thatsache durch den Widerbeklagten erfahren und auf dessen Veranlassung der Neckarsulmer Fabrik mitgeteilt hat.

Widerkläger ist nicht in der Lage, den Reisenden als Zeugen zu benennen, weil er dessen Namen nicht kennt. Um diesem Mangel abzuhelfen, beantragt er, „den Zeugen B. darüber zu hören", wer dieser Reisende ist. Hierin liegt eine zulässige Zeugenbenennung gemäß § 338 C.P.O. nicht: es ist augenscheinlich keine Thatsache bezeichnet, über welche die Vernehmung des Zeugen stattfinden soll, B. soll nicht etwas als wahr bestätigen, was Widerkläger behauptet, sondern der Widerkläger will von ihm erfahren, was er nicht weiß, aber wissen möchte. Beständen Zweifel darüber, ob die Angabe des B. der Wahrheit entspricht, daß ihm schon vor dem Widerbeklagten ein Reisender die mehrerwähnte Mitteilung gemacht hat, so könnte allerdings seine wiederholte Vernehmung angeordnet werden, um durch seine Befragung über die Person des angeblichen Reisenden über die Richtigkeit der Aussage des Zeugen Grund zu machen, und in diesem Fall wäre der Zeuge wohl verpflichtet, den Namen des Reisenden zu nennen. So liegt aber eben die Sache nicht: die Wahrheit der in Rede stehenden Angabe des B.

ist, wie schon oben bemerkt, nicht zu bezweifeln und vom Widerkläger nicht beanstandet; unter diesen Umständen geben aber die Bestimmungen der C.P.O. keine Handhabe dafür, den Zeugen zur Angabe des Namens des betreffenden Reisenden zu veranlassen oder gar zu zwingen. Zwar ist (von den gesetzlichen Ausnahmen abgesehen) jedermann verpflichtet, in einem Prozeß beliebiger Personen über seine Wahrnehmungen in Betreff der vom Gericht für erheblich erachteten Parteibehauptungen Auskunft zu geben; aber eine allgemeine Verpflichtung dahin besteht nicht, einer Partei über Dinge, die sie nicht kennt, aber kennen möchte, weil sie von Interesse für sie sind, Auskunft zu geben, ihr also Material zur Aufstellung von Prozeßbehauptungen zu liefern, ihr die Benennung von Zeugen zu ermöglichen. Darum handelt es sich aber im vorliegenden Fall: Widerkläger kann nicht den B. für eine von ihm aufgestellte Behauptung als Zeugen benennen, sondern die Auskunft, die er von B. zu erhalten wünscht, soll ihm erst ermöglichen, den betreffenden Reisenden als Zeugen für eine Behauptung (die derzeit reine Vermutung ist) zu benennen. Eine prozessualische Verpflichtung des B. zu solcher Auskunftserteilung besteht nicht, der Antrag, ihn über den Namen des von ihm erwähnten Reisenden zu befragen, war daher als unstatthaft abzulehnen.

Urteil des I. Civilsenats vom 10. Febr. 1899 in Sachen Braunbeck gegen Dorn.

25.

Zu § 348 Ziffer 5 C.P.O. (Recht des Arztes zur Zeugnisverweigerung.)

In einem Ehescheidungsprozeß hat der klagende Ehemann seinen Arzt als Zeugen dafür benannt, daß demselben ein Spezialarzt, den die beklagte Ehefrau konsultiert hatte, auf Befragen Mitteilungen über die abnorme Beschaffenheit der Geschlechtsteile der Beklagten gemacht habe. Der Arzt hat das Zeugnis verweigert, wobei er angab: der Spezial-

arzt habe ihn vor Erteilung der Auskunft gefragt, ob er Hausarzt sei? worauf er erwidert habe: er komme zum Kläger.

Das Oberlandesgericht hat die Zeugnisverweigerung für gerechtfertigt erachtet aus folgenden

Gründen:

Außer Streit ist, daß der Beschwerdeführer die Mitteilungen über den körperlichen Zustand der Beklagten, für die ihn der Kläger als Zeuge benannt hat, von Dr. S. erhalten hat, nachdem er diesem auf die Frage, ob er Hausarzt (nämlich in der Familie des Klägers) sei? geantwortet hatte: er komme zum Kläger (und dessen Mutter). Hienach besteht kein Zweifel, daß der Beschwerdeführer die in Rede stehenden Mitteilungen erhalten hat in seiner Eigenschaft als Arzt, also kraft seines Standes oder Gewerbes. Er hat sie ferner augenscheinlich nur erhalten behufs Benützung in seiner Eigenschaft als Arzt des Klägers, sie sind ihm daher anvertraut worden. Die Mitteilung des Dr. S. betraf — falls die Behauptungen des Klägers richtig sind — Thatsachen, deren Geheimhaltung geboten war, sei es durch gesetzliche Vorschrift (§ 300 St.G.B.), es sei durch ihre Natur. Denn sie betrafen — was letzteren Punkt betrifft — eine angeblich abnorme Beschaffenheit der Geschlechtsteile der Beklagten, mochten also wohl dem Arzt ihres Ehemanns mitgeteilt werden, damit er in der Lage war, dem Ehemann Verhaltungsmaßregeln in Betreff seines Verhaltens gegenüber seiner Ehefrau zu geben, im Uebrigen aber war ihre Geheimhaltung aus Rücksicht auf die Beklagte durchaus geboten.

Hienach sind die Voraussetzungen gegeben, unter denen ein Zeuge auf Grund des § 348 Ziff. 5 C.P.O. das Zeugnis zu verweigern berechtigt ist. Daß die geheim zu haltenden Thatsachen dem Zeugen von einer der Parteien anvertraut sein müssen, sagt das Gesetz nicht und ist angesichts der allgemein lautenden Fassung des Gesetzes im Fall der Ziff. 5 des § 348 C.P.O. so wenig anzunehmen, wie im Fall der Ziff. 4 dieses Paragraphen; es folgt dies auch nicht daraus, daß gemäß § 350 Abs. 2 C.P.O. der Beschwerde-

führer vielleicht das Zeugnis nicht verweigern dürfte, wenn die Beklagte damit einverstanden wäre, daß er die ihm von Dr. S. gemachten Mitteilungen wiedergebe. Denn der Natur der Sache nach geht eben die Verpflichtung des Beschwerdeführers, mag man sie als eine ihm dem Dr. S. oder der Beklagten gegenüber obliegende auffassen, dahin, das ihm von Dr. S. Mitgeteilte nicht ohne den Willen der Beklagten kundzugeben; es ist nach dem Inhalt der Civilprozeßordnung keineswegs ausgeschlossen, daß eine andere Person, als die dem Zeugen ein Geheimnis anvertraut hat, ihn von der Geheimhaltung entbinden kann. Wenn in der Begründung der Civilprozeßordnung zu § 348 bemerkt ist, daß die hier aufgeführten Gründe der Zeugnisverweigerung „auf dem persönlichen Verhältnis zwischen dem Zeugen und einer Partei" berufen, so hat diese einschränkende Auffassung, die ja in den meisten Fällen zutreffen wird, im Gesetz keinen Ausdruck gefunden und erscheint nach Wortlaut und Zweck des Gesetzes nicht haltbar: danach müßte z. B. ein Geistlicher, dem in Ausübung der Seelsorge von einem Mann anvertraut wurde, er habe im Nachbarstaat mit der Ehefrau eines Dritten die Ehe gebrochen, hierüber im Ehescheidungsprozeß dieses Dritten mit seiner Ehefrau Zeugnis ablegen, was das Gesetz sicherlich nicht will.

Beschluß des I. Civilsenats vom 20. Juni 1898 in Sachen K. gegen K.

Die weitere Beschwerde ist vom Reichsgericht als unbegründet zurückgewiesen worden.

26.

Erbieten zu einem beschränkten Eid oder Eidesverweigerung?

Dem Kläger war durch rechtskräftiges bedingtes Urteil einer Civilkammer ein richterlicher Eid dahin auferlegt: „es ist wahr, daß zwischen mir und dem Beklagten Ende des Jahres 1888, als die Schuld desselben auf 1000 M. fest-

gestellt wurde, vereinbart worden ist, diese Schuld solle in monatlichen Raten zu 25 M. beginnend auf 1. Januar 1889 abgetragen werden"; im Fall der Leistung des Eids sollte Beklagter dem Kläger 1000 M. mit Zinsen zu bezahlen haben, im Fall der Verweigerung des Eids die Klage zur Zeit abgewiesen werden. Kläger erklärte nun vor dem mit der Eidesabnahme beauftragten Amtsgericht, „daß er wohl schwören könne und wolle, daß zwischen ihm und dem Beklagten Ende des Jahres 1888, als die Schuld des Beklagten auf 1000 Mk. festgesetzt wurde, vereinbart worden sei, diese Schuld solle in monatlichen Raten von 25 Mk. abgetragen werden, daß er aber nicht beschwören könne, daß als Termin für die erste Ratenzahlung gerade der erste Januar 1889 festgesetzt worden sei; Beklagter habe ihm versprochen — und das sei er zu beschwören bereit —, daß Beklagter mit der Abzahlung in monatlichen Raten von 25 Mk. von dem Zeitpunkt an beginnen werde, an welcher er seine hintere Remise an R. u. Cie vermietet habe, er, Schwurpflichtiger, wisse aber nicht genau, wann diese Miete begonnen habe." In einem hierauf zur Eidesleistung vor dem Prozeßgericht anberaumten Termin erklärte der klägerische Anwalt, daß der Schwurpflichtige nunmehr, nachdem derselbe wegen Vermietung der hinteren Remise noch Erhebungen angestellt habe, bereit sei, den Eid in der Fassung des Urteils zu leisten, wogegen der Vertreter des Beklagten mit Rücksicht auf die Erklärungen des Schwurpflichtigen vor dem Amtsgerichte beantragte, den Eid als verweigert anzusehen und die Klage abzuweisen. Die Civilkammer verkündete den Beschluß, daß der Eid nicht als verweigert gelte, und beauftragte wiederum das Amtsgericht G. mit dessen Abnahme, der Schwurpflichtige leistete nun den Eid. Die Civilkammer erließ nun ein bereinigendes Urteil, das die Folgen der Eidesleistung aussprach. Auf Berufung des Beklagten ist dieses Urteil abgeändert und die Klage zur Zeit abgewiesen worden.

Gründe:

Die von dem Beklagten geltend gemachte Beschwerde

ist (wie die, sachlich mit dem jetzigen Rechte übereinstimmende Württ. Civilprozeßordnung — Art. 650 — sagte) „nicht schon in dem bedingten Urteil begründet" und kann daher mit der Berufung gegen das Läuterungsurteil verfolgt werden.

Nach § 429 Abs. 2 C.P.O. hat die Verweigerung der Eidesleistung zur Folge, daß das Gegenteil der zu beschwörenden Thatsache als voll bewiesen gilt. Die in dem zur Abnahme des Eides bestimmten Termin von Schwurpflichtigen erklärte Eidesweigerung ist sofort bindend, auch für die höhere Instanz wirksam (§ 495 Abs. 2 C.P.O.), unwiderruflich, auch nicht, wie das gerichtliche Geständnis, anfechtbar[1]).

Nach § 431 C.P.O. kann der Schwurpflichtige, welcher frühere Behauptungen zurücknimmt oder früher bestrittene Behauptungen zugesteht, sich zu Leistung eines beschränkten Eides erbieten, auch die Berichtigung unerheblicher Umstände beantragen, die in die Eidesnorm aufgenommen sind. In dem Erbieten des so, d. h. zu Gunsten des Gegners, modifizierten Eides ist eine Eidesweigerung nicht enthalten und daher nach Abweisung des Antrags auf solche Aenderung der Eidesnorm der Schwurpflichtige noch zur Ableistung des Eides in der durch bedingtes Urteil oder Beweisbeschluß festgestellten Form zuzulassen[2]).

Es wird in Fällen dieser Art nur ein in erster Linie unternommener Versuch unterstellt werden können, durch zu Gunsten der andern Partei wirkende Einschränkungen eine der Prozeßlage des Schwurpflichtigen zur Zeit der geschuldeten Eidesleistung entsprechende Normierung des im Wesentlichen sich gleich bleibenden Eidesthemas herbeizuführen. Daher läßt sich die Frage aufwerfen, ob im einzelnen Falle schon

---

1) Plank, Lehrbuch des Civ.Proz. Bd. I. S. 294 ff., Bd. II. S. 314. 383. 460; Gaupp, Komm., 3 Aufl., Anm. I. 2 zu § 429; Wilmowsky-Levi, Note 2 daselbst, Reichsger.-Entsch. Bd. 18. S. 403.

2) Plank a. a. O. Bd. II. S. 314; Hergenhahn in Busch, Zeitschrift für Civ. Proz. Bd. 15. S. 49. Komm. von Gaupp, Wilmowsky-Levi, Struckmann und Koch, Petersen zu § 431.

der bloße Antrag auf Aenderung der Eidesnorm nicht dann die — ausdrückliche Erklärung nicht bedürfende[1]) — Eidesweigerung in sich schließt, wenn er an Stelle der bestimmten Eidesnorm wesentlich neue, rechtlich anders zu beurteilende Thatsachen gesetzt wissen will[2]). Auch hat der oben angeführte Satz die Einschränkung gefunden, daß der Schwurpflichtige nicht mehr zu Eidesleistung zuzulassen ist, wenn durch seine Erklärungen das Eidesthema bereits als feststehend oder widerlegt erscheint[3]).

Durch rechtskräftiges Urteil ist dem Inhaber der klägerischen Firma der Eid auferlegt, daß zwischen ihm und dem Beklagten Ende des Jahres 1888, als die Schuld des Letzteren auf 1000 Mk. festgesetzt wurde, vereinbart worden sei, diese Schuld solle in monatlichen Raten zu 25 Mk. beginnend auf 1. Januar 1889 abgetragen werden. Im Falle der Verweigerung des Eides ist der ganze mit der Klage erhobene Anspruch zur Zeit abgewiesen; nach den Entscheidungsgründen ist diesfalls die klägerische Behauptung der Fälligkeit des Klaganspruchs für widerlegt erachtet, weil damit, daß der von der Klägerin behauptete Fälligkeitstermin nicht vorliege, nicht etwa ein früherer, auf die Zeit der Abrechnung fallender Termin begründet sei und es der Entscheidung darüber, *wann* dieser Fälligkeitstermin eintrete, nicht bedürfe. Ob diese Entscheidung auch bezüglich der Hauptschuld richtig ist, muß dahingestellt bleiben. Fest steht, daß für den Ausgang des Rechtsstreits maßgebend sein sollte der Beweis der Verabredung der Ratenzahlungen vom 1. Januar 1889 an, daß insbesondere die bloße Verabredung von Ratenzahlungen ohne Feststellung eines Anfangstermins zum Nachweis der Fälligkeit und damit zur Begründung des Klaganspruchs nicht

---

1) Plank, a. a. O. Bd. II. S. 325; Gaupp Komm. bei § 429; Reichsgerichtsentscheidungen Bd. 23 Nr. 92.

2) Seufferts Archiv Bd. 39 Nr. 258.

3) Gaupp zu § 431 Anm. II[1]; Struckmann-Koch zu § 431; Seuffert's Arch. Bd. 46 Nr. 231, Bd. 47 Nr. 240.

für ausreichend erachtet, auf den Nachweis des behaupteten Anfangstermins das entscheidende Gewicht gelegt wurde. Hienach enthält das in dem Eidestermin vom 28. April v. Js. erklärte Erbieten, die bloße Verabredung monatlicher Ratenzahlungen zu beschwören, kein Erbieten zu einem beschränkteren und etwa eine Ermäßigung der beanspruchten Summe zur Folge habenden Eide, sondern das Fallenlassen einer der vom Richter zur Durchsetzung des Klaganspruchs für unerläßlich erklärten Behauptungen; mit der weiteren Behauptung aber, zu deren eidlichen Erhärtung der Schwurpflichtige sich gleichzeitig erbot, daß Beklagter versprochen habe, mit der Ratenzahlung von dem Zeitpunkt an zu beginnen, da er seine hintere Remise an R. u. Cie. vermietet habe, will das Eidesthema durch eine neue, selbständige, in diesem Stadium des Prozesses nicht mehr zulässige thatsächliche Behauptung ersetzt werden, welche nicht allein gleichfalls die unter Eid gestellte Behauptung ausdrücklicher Festsetzung eines Kalendertermins für den Beginn der Abzahlung ausschließt, sondern auch deshalb dem Unterrichter als mögliches Eidesthema überhaupt nicht hätte erscheinen können, weil damit der Zeitpunkt des Eintritts der Fälligkeit der Schuld sich nicht hätte feststellen lassen. Die Erbieten des Schwurpflichtigen zur Eidesleistung in dem Termin vom 28. April v. Js. enthalten also nicht Erklärungen behufs Korrektur der Eidesnorm wie sie in § 431 C.P.O. als statthaft erklärt sind. Darauf, daß sie das Geständnis der Unwahrheit der unter Eid gestellten Terminverabredung in sich schließen, braucht indessen besonders Gewicht nicht gelegt zu werden, da zugleich der Schwurpflichtige den hierüber ihm auferlegten Eid nicht leisten zu zu können, also nicht leisten zu wollen ausdrücklich erklärt hat. Eine nur bedingt ausgesprochene Eidesweigerung und deren mögliche Folgen können angesichts der Fassung der Erklärungen des Schwurpflichtigen nicht in Frage kommen.

Wie oben bemerkt, ist die erklärte Eidesweigerung unwiderruflich; die Folge, daß das Gegenteil der zu beschwörenden Thatsache für voll bewiesen gilt, tritt sofort ein, ohne

daß es eines Antrags der andern Partei bedarf[1]). Es ist deshalb unerheblich, daß der Schwurpflichtige nachträglich sich wieder zur Eidesleistung bereit erklärt hat, ehe das Prozeßgericht in die Lage kam, über einen Antrag auf Abänderung der Eidesnorm zu beschließen. Das Gericht durfte den Eidespflichtigen nicht mehr zur Eidesleistung zulassen, sondern hätte gemäß § 427 Abs. 2 C.P.O. die in seinem bedingten Urteil festgesetzten Folgen der Eidesweigerung aussprechen sollen. Die zu Unrecht zugelassene Eidesleistung über die zuvor schon widerlegte Thatsache ist nicht zu beachten. Auf die Berufung des Beklagten sind nunmehr unter Abänderung des Läuterungsurteils der I. Instanz die Folgen der Eidesweigerung, wie sie in dem bedingten Urteil I. Instanz festgesetzt sind, auszusprechen.

Urteil des II. Civilsenats vom 23. Februar 1899 i. S. Straub gegen Schmidt.

27.

1. Entscheidung im Kostenpunkt, nachdem der Rechtsstreit in der Hauptsache gegenstandslos geworden ist.
2. Widerspruchsklage auf Grund des statutarischen Verwaltungsrechts des Vaters des Schuldners[2]).

Im Nachlaß der Mutter des G. W., Sohns des Klägers, befand sich hinterfälliges Vermögen derselben, nämlich ihr Erbteil am Nachlaß ihres noch zu ihren Lebzeiten verstorbenen Vaters. In den noch festzustellenden Erbanteil des G. W. an diesem hinterfälligen Vermögen seiner Mutter hat der Beklagte, ein Gläubiger des G. W., auf Grund vollstreckbaren Titels Zwangsvollstreckung in der Weise erwirkt, daß „der Anspruch des Schuldners G. W. gegen die Inteſtaterben des J. G. W." (mütterlichen Großvaters des G. W.) „aus der ungeteilten Nachlaßmasse" des genannten J. G. W. in Höhe von 1060 Mk. gepfändet und dem

1) Reichsgerichtsentscheidungen 23. Nr. 92.
2) Vergl. Jahrbücher Bd. 9. S. 343 ff.

Gläubiger die Befugnis eingeräumt wurde, die Auseinandersetzung der Nachlaßmasse zu betreiben. Kläger hat gegen diese Pfändung auf Grund des ihm an dem mütterlichen Erbe seines Sohnes zustehenden statutarischen Nutznießungs- und Verwaltungsrechts Widerspruchsklage erhoben. Im Berufungsverfahren ergab sich, daß der väterliche Erbteil der Mutter des G. W. durch Vorempfänge erschöpft, ihr bezw. ihrem Erben G. W. aus dem Nachlaß des J. G. W. nichts mehr zuzuweisen ist. Die Parteien erklärten hierauf den Rechtsstreit als in der Hauptsache erledigt, beantragten aber eine Entscheidung im Kostenpunkt. Die Kosten wurden dem Beklagten auferlegt aus folgenden

Gründen:

Dem an die Feststellung, daß der Streit zur Hauptsache gegenstandslos geworden, geknüpften Antrag der Parteien: über den Kostenpunkt allein Entscheidung abzugeben, steht die Vorschrift des § 94 C.P.O: (richtiger Ansicht nach) nicht entgegen[1]). Nach dem den §§ 87, 89, 72, 278 C.P.O. zu Grund liegenden Gedanken muß in solchem Fall als der „unterliegende" und darum kostenpflichtige Teil derjenige gelten, welcher unterlegen wäre, wenn der Streit in der Hauptsache nicht gegenstandslos geworden wäre; es muß demnach die Hauptsache so, als ob eine Entscheidung zur Hauptsache noch zu ergehen hätte, unter Absehen von dem die Erledigung derselben bewirkenden Ereignis, geprüft, aber aus ihrer Entscheidung nur die für die Kostentragungspflicht sich ergebende Folge abgeleitet und ausgesprochen werden.

Danach aber erscheint der Beklagte als kostenpflichtig, weil er die Berechtigung des Widerspruchs des Klägers gegen die eingeleitete Zwangsvollstreckung mit Unrecht bestritten, diesem also durch sein Verhalten Veranlassung zur Erhebung der Klage gegeben hat.

Die der Beseitigung einer unrechtmäßigen Zwangsvollstreckung dienende Widerspruchsklage aus § 690 C.P.O. ist

1) Bd. 18 S. 420 (abweichend früher das O.L.G. bei Seuffert 40. Nr. 59).

statthaft vom Beginn der Zwangsvollstreckung bis zu deren Beendigung, aber keineswegs darauf beschränkt, die bereits eingetretenen Folgen der Vollstreckung durch Aufhebung der getroffenen Vollstreckungsmaßregeln zu beseitigen sondern wesentlich auch dazu bestimmt, deren Fortsetzung zu verhindern; sollten also auch die zur Zeit der Erhebung der Widerspruchsklage durchgeführten Vollstreckungshandlungen das der Zwangsvollstreckung entgegenstehende Recht des Klägers an sich nicht beeinträchtigen, so genügt doch eine in Aussicht stehende weitere Durchführung der Vollstreckung und die dadurch drohende Beeinträchtigung des klägerischen Rechts, um den Antrag auf Einstellung und Aufhebung der Vollstreckung oder eine Klage auf Feststellung, daß die im Gang befindliche Vollstreckung unzulässig sei, zu rechtfertigen. Wenn es also auch richtig wäre, daß durch die bloße Pfändung des hier fraglichen Anspruchs des G. W. (ohne dessen Ueberweisung) das Recht des Klägers nicht beeinträchtigt worden sei, so würde dies dem Begründetsein seines Widerspruchs nicht entgegenstehen, sofern der Zweck der eingeleiteten Zwangsvollstreckung nicht bloß auf Sicherung des Gläubigers durch Beschlagnahme des Anspruchs, sondern auch auf Befriedigung des Gläubigers durch Verwertung und Einziehung desselben gerichtet und deshalb nach der Pfändung des Anspruchs dessen Ueberweisung an den Beklagten unmittelbar zu erwarten war.

Zudem ist aber hier schon durch die mit der Pfändung ausdrücklich verbundene Ueberweisung („Einräumung") der Befugnis, die Auseinandersetzung des Nachlasses (durch die geeigneten Anträge bei der Teilungsbehörde, nötigenfalls durch Teilungsklage) zu betreiben, der Schuldner G. W. von dieser Befugnis ausgeschlossen, und damit diese von selbst auch dem an diesem Anspruch seines Sohns verwaltungs- und nutznießungsberechtigten Vater, dem Kläger entzogen, der Kläger durch den Beklagten verdrängt, und dadurch mindestens in seinem (vom Beklagten nicht bestrittenen) Recht auf die Verwaltung des mütterlichen Erbteils seines

Sohns beeinträchtigt worden (wenn auch thatsächlich der Beklagte von diesem ihm überwiesenen Ausschließungsrecht gegen den Kläger keinen Gebrauch gemacht haben sollte); außerdem war aber der Kläger auch in seinem — gleichfalls anerkannten — Recht auf Nutznießung dieses Erbteils, und damit auch des darin befindlichen Vaterguts der Mutter seines Sohnes, insofern behindert, als den Miterben des G. W., als den Drittschuldnern, verboten worden war, etwaige, Erträgnisse dieses Vaterguts (von dessen Erschöpftsein damals — zur Zeit der Erhebung der Widerspruchsklage — noch nicht bekannt war) an den Kläger, als nießbrauchsberechtigten Vertreter des Erben, abzuliefern.

Daß durch die angefochtene Pfändungsverfügung in diese Rechte des Klägers nicht habe eingegriffen werden wollen, mag seine Richtigkeit haben, was den nicht hervorgetretenen und deshalb auch nicht festzustellenden Willen des beklagten Antragstellers wie des verfügenden Amtsgerichts anlangt, aber da in (Antrag- und) Verfügung von dieser Beschränkung ihrer Wirkungen (von einem Vorbehalt, der erwähnten Rechte des Klägers) nichts enthalten, eine solche also nicht zu erkennen ist, war die Erhebung der Klage geboten und berechtigt.

Urteil des I. Civilsenats vom 12. Juli 1898 in Sachen Walter gegen Lutz.

28.

Zulässigkeit eines Kostenfestsetzungsgesuchs auf Grund eines gegen Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbaren Urtheils vor Leistung der Sicherheit.

Der Sachverhalt ergiebt sich aus den

Gründen:

Die Zurückweisung des klägerischen Kostenfestsetzungsgesuchs ist nicht begründet, da das gegen den Beklagten am 4. November 1896 verkündete Versäumnisurteil hinsichtlich der Hauptsache und der Prozeßkosten gegen eine seitens des

Klägers zu leistende Sicherheit für vorläufig vollstreckbar erklärt worden ist. Nach § 644 der C.P.O. findet die Zwangsvollstreckung statt nicht nur aus rechtskräftigen Endurteilen, sondern auch aus solchen Endurteilen, welche für vorläufig vollstreckbar erklärt sind. Wie aus § 672 C.P.O. Abs. 2 erhellt, ist durch den Nachweis der erfolgten Sicherheitsleistung nur der Beginn der Zwangsvollstreckung, nicht aber die Erteilung der Vollstreckungsklausel, viel weniger die Eigenschaft des Urteils als eines zur Zwangsvollstreckung geeigneten Titels bedingt. Kläger kann daher gemäß § 98 der C.P.O. auch ohne den Nachweis der Bestellung der Sicherheit die Festsetzung der Prozeßkosten verlangen; jedoch ist in diesem Falle der Kostenfestsetzungsbeschluß dem Urteile gemäß nur gegen eine dem Betrage der festgesetzten Kosten angemessene Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar, was in dem Kostenfestsetzungsbeschluß zum Ausdruck zu bringen ist[1]).

Beschluß des zweiten Civilsenats vom 4. Februar 1897 in der Beschwerdesache Ziegler g. Künzelsauer.

29.

Zu den §§ 887, 888 (früher 773, 774) C.P.O.

Der Sachverhalt ergibt sich aus den

Gründen:

Durch Vergleich hat sich der beklagte Schuldner verpflichtet:

1. die Einfahrt des Hauses des Gläubigers in Ludwigsburg wöchentlich je am Mittwoch und Samstag zu kehren und, falls durch seine Benützung der Einfahrt eine ungewöhnliche Verunreinigung derselben stattfindet, sofort für deren Beseitigung zu sorgen;

2. das Thor zwischen den Hofräumen der Parteien in ordnungsmäßigen Zustand zu bringen;

---

1) Vergl. auch die Entsch. des Reichsgerichts in Jurist. Wochenschrift 1882 S. 131 und Seuffert's Archiv 47. Nr. 157.

3. dasſelbe bei Tag durch Vorſchieben des Riegels, bei Nacht durch Einhängen eines Vorhängeſchloſſes zu ſchließen.

Auf Antrag des Gläubigers, welcher behauptet, der Schuldner habe dieſe Verpflichtungen nicht erfüllt, hat nun die Civilkammer, das Prozeßgericht I. Inſtanz, beſchloſſen, den Gläubiger zu ermächtigen, auf Koſten des Schuldners die Einfahrt des Hauſes dem Vergleich entſprechend kehren und reinigen, ſowie das Thor in ordnungsmäßigen Zuſtand bringen zu laſſen; auch den Schuldner zur Vorausbezahlung der durch die Vornahme dieſer Handlungen entſtehenden Koſten im Betrag von 15 Mk., unbeſchadet des Rechts auf eine Nachforderung, verurteilt; endlich den Schuldner durch eine Geldſtrafe von 5 Mk. für jeden einzelnen Fall der Zuwiderhandlung angehalten, das Thor dem Vergleich gemäß geſchloſſen zu halten.

Bei dem Geſuch, den Gläubiger zu ermächtigen, die Einfahrt künftig kehren und reinigen zu laſſen, handelt es ſich nur um Leiſtungen, welche noch nicht fällig, ſondern erſt in Zukunft zu erfüllen ſind. Der § 773 C.P.O. ſetzt aber voraus, daß die Verpflichtung zur Vornahme einer Handlung bereits eingetreten iſt, und das gilt auch von wiederkehrenden Handlungen[1]). Es wird nun allerdings in einem Fall wie dem vorliegenden regelmäßig nicht in Betracht kommen können, daß die Erfüllung der von dem Schuldner nicht vorgenommenen Handluug nachträglich durch Anrufung des Richters gemäß § 773 C.P.O. erzwungen wird. Wohl aber bleibt dem Gläubiger eine Klage auf das Intereſſe, unter Umſtänden auch auf Stellung einer Sicherheit. Dagegen iſt die Anwendung des § 773 zum Zweck der zwangsweiſen Erfüllung noch nicht verfallener Leiſtungen, wie ſie der Gläubiger mit ſeinem Geſuch erſtrebt, zu verſagen, und es war daher dieſes Geſuch abzuweiſen.

Was ſodann den Antrag betrifft, den Gläubiger zu ermächtigen, das Thor in ordnungsmäßigen Zuſtand bringen

1) Gaupp C.P.O. zu § 773 II, 3 a. E.

zu lassen, so ist mit Recht auf diesen Antrag der § 773 der C.P.O. angewendet und der Schuldner mit seiner Einwendung, er habe die Verpflichtung erfüllt, auf den nach § 686 der C.P.O. zu beschreitenden Klageweg verwiesen worden. Es mag dahingestellt bleiben, ob die bloße Behauptung des Gläubigers, der Schuldner habe die Verpflichtung erfüllt, zur Anwendbarkeit des § 773 genügt. Denn es ist nach dem von der Civilkammer eingeforderten Bericht des Stadtschultheißenamts Ludwigsburg hinreichend dargethan, daß die Verpflichtung nicht erfüllt ist. Es ist hier bezeugt, daß das Thor sich nicht in ordnungsmäßigem Zustand befindet; auch hat nicht bloß die Ehefrau des Gläubigers, sondern auch der Schreiner G., letzterer für die Zeit vom 1. Juni an, bestätigt, daß an dem Thor nichts gemacht worden ist. Endlich ist es begründet, daß der Schuldner zur Erfüllung seiner Verpflichtung zum Schließen des Thors durch die Drohung einer Geldstrafe für jeden Fall der Nichtvornahme der Handlung nach § 774 der C.P.O. angehalten worden ist[1]). Es steht hier eine Handlung in Frage, welche nach der Sachlage nur von den beiden Hauseigentümern, dem Gläubiger oder dem Schuldner, nicht aber von einem Dritten vorgenommen werden kann; auch hängt die Vornahme ausschließlich von dem Willen des hiezu verpflichteten Schuldners ab.

Beschluß des ersten Civilsenats vom 16. Dezember 1898 in der Zwangsvollstreckungssache Schmidt gegen Sieber.

30.

1. Widerspruchsklage des Konkursverwalters auf Grund Anfechtungsrechts?

2. Zur Auslegung des Art. 5 des zwischen Württemberg und der Schweiz abgeschlossenen Staatsvertrags vom 13. Mai 1826.

Der Kaufmann S. L. in Zürich starb in der Nacht vom

1) Gaupp C.P.O. § 774 II. Abs. 4.

29/30. Juli 1896. Nach seinem Tode wurde auf Antrag der beiden Beklagten zur Sicherung ihrer Forderungen vom Amtsgericht Besigheim der Arrest in das in diesem Gerichtsbezirk belegene Vermögen des Verstorbenen verfügt und zugleich eine angeblich diesem gegen seinen in Frendenthal wohnhaften Bruder J. L. zustehende Erbschaftsforderung gepfändet; die Beschlüsse sind am 8. und 14. August 1896 dem Drittschuldner zugestellt. Am 23. September 1896 ist, nachdem die bis dahin deliberierenden Erben die Erbschaft ausgeschlagen hatten, von der zuständigen Behörde in Zürich beschlossen worden, den Nachlaßkonkurs zu liquidieren, und sodann hat der bestellte Vertreter der Konkursmasse in der beim K. Landgerichte Heilbronn erhobenen Klage die Arrestpfändungen aus verschiedenen Gründen angegriffen. Das Berufungsgericht hat wegen Unzuständigkeit des Landgerichts, bei dem die Beklagten ihren allgemeinen Gerichtsstand nicht haben, sämtliche Klagegründe mit alleiniger Ausnahme des auf § 690 der Civilprozeßordnung gestützten abgewiesen. In Betreff der aus anderen Gründen ebenfalls abgewiesenen Widerspruchsklage ist in den

Gründen

des Berufungsurteils u. a. ausgeführt:

Die herrschende Meinung[1]) stellt die Thesis auf, daß auch das Anfechtungsrecht des Konkursverwalters gemäß §§ 22—24 der K.O. geeignet sei, die Widerspruchsklage im Sinne des § 690 der C.P.O. zu begründen. Allein gegen diese Annahme erhebt sich das Bedenken, daß das Anfechtungsrecht erst durch die anfechtbare Pfändung entsteht, so daß nicht gesagt werden kann, daß dieses Anfechtungsrecht, welches vorher noch gar nicht zur Entstehung gekommen ist für die Pfändung ein rechtliches Hindernis bilde. Im Falle des § 690 der C.P.O. handelt es sich um die Zulässigkeit, nicht um die Wirksamkeit der Zwangsvollstreckung: diese Ge-

1) R.G. 18. S. 393., 30 S. 397; Seuffert Archiv (R.G.) 36 Nr. 169; Rassow und Künzel 38. S. 180. 492; Jurist. Wochenschrift 1894 S. 427; 1895 S. 202.

setzesbestimmung dient zum Schutze des nichtschuldnerischen unbeteiligten Dritten gegen exekutorische Eingriffe in sein Vermögen, das Anfechtungsrecht aber zum Schutze der Gläubiger des Schuldners gegen die ihnen nachteilige, sei es auf dem Willen des Schuldners oder auf Zwangsvollstreckungsakten gegen denselben beruhende Verfügung über das Vermögen des Schuldners.

Man wird daher an eine andere Konstruktion zu denken haben, welche die Anfechtbarkeit der Pfändung aus dem Klagegrund in die Replik verweist.

Mit der Eröffnung des Konkursverfahrens verliert der Gemeinschuldner die Befugnis, sein zur Konkursmasse gehöriges Vermögen zu verwalten und über dasselbe zu verfügen. Das Verwaltungs- und Verfügungsrecht wird durch den Konkursverwalter ausgeübt. Dieser ist nicht gesetzlicher Vertreter des Gemeinschuldners[1]), sondern Organ für die Zwecke des Konkurses. Der Gemeinschuldner ist von der Eröffnung des Konkursverfahrens an hinsichtlich seines zur Konkursmasse gehörigen Vermögens überhaupt nicht mehr sachlich legitimiert, die Sachlegitimation ist auf den Konkursverwalter übergegangen. Wenn auch das Vermögensstück der Substanz nach noch dem Gemeinschuldner gehört, so ist doch das Ausübungs- und Verwaltungsrecht bei dem Konkursverwalter, in das durch die Zwangsvollstreckung, die gegen den Gemeinschuldner gerichtet ist, eingegriffen wird. Insofern ist der Konkursverwalter im Verhältnis zum schuldnerischen Gemeinschuldner als Dritter im Sinne des § 690 der C.P.O. anzusehen, wenn es sich um eine gegen den Gemeinschuldner als Schuldner gerichtete Zwangsvollstreckung in ein zur Konkursmasse gehöriges Vermögensstück handelt. (Es wird nun ausgeführt, daß der an sich begründeten Klage entgegensteht, daß die Beklagten an der in Rede stehenden Forderung ein Pfändungspfandrecht erworben haben, und sodann fortgefahren:)

Gegenüber den hienach vor der Konkurseröffnung be-

1) R.G. 29 S. 29.

gründeten Pfändungspfandrechten wendet aber der Kläger ein, daß nach Art. 199 des schweizerischen Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs gepfändete Vermögensstücke, deren Verwertung im Zeitpunkte der Konkurseröffnung noch nicht stattgefunden hat, und Arrestgegenstände in die Konkursmasse fallen. Allein die Frage, welche Vermögensstücke in die Konkursmasse fallen, ist im vorliegenden Falle nach Maßgabe des Staatsvertrags zwischen Württemberg und der Schweiz vom 13. Mai 1826 zu entscheiden.

Der Staatsvertrag bestimmt nun zwar in Art 4, daß alle beweglichen und unbeweglichen Güter des Gemeinschuldners, auf welchem Staatsgebiet sich dieselben immer befinden mögen, in die allgemeine Konkursmasse fallen. Davon macht aber Art. 5 des Vertrags die hieher interessierende Ausnahme, daß, wenn ein bewegliches Vermögensstück sich als Pfand in den Händen eines Gläubigers befindet, derselbe befugt sein soll, sein Recht an dem ihm verhafteten Gegenstande vor dem Richter und nach den Gesetzen desjenigen Staats, wo dieser Gegenstand sich befindet, geltend zu machen, und daß nur der etwaige Ueberschuß in die allgemeine Konkursmasse fließen soll.

Der Kläger bestreitet mit Unrecht, daß der Art. 5 des Staatsvertrags auf den gegenwärtigen Fall zutrifft. Zu den beweglichen Vermögensstücken gehören begrifflich auch Forderungen. Auch bei einem Pfandrecht an einer Forderung kann in gewissem Sinn gesagt werden, daß wie Art. 5 des Staatsvertrags voraussetzt, das Vermögensstück sich „in den Händen des Gläubigers befindet." Ein körperlicher Besitz ist zwar an Forderungsrechten nicht möglich, da der ihnen entsprechende Zustand weder ein körperliches Verhältnis darstellt, noch ein dauernder ist, wohl aber etwas dem Besitze Entsprechendes, sei es durch die Uebergabe der Beweisdokumente an den Gläubiger — Pfandgesetz Art. 248 — oder nach gemeinem Rechte durch die Anzeige oder Eröffnung an den Drittschuldner, daß die Forderung zu Gunsten des Gläubigers des Forderungsberechtigten gepfändet sei und daß

daher nicht mehr an diesen geleistet werden dürfe[1]).

Auch bei der Forderungspfändung findet etwas der Besitzergreifung an körperlichen Sachen Entsprechendes statt, so daß Dritten gegenüber auch bei Forderungen ersichtlich gemacht werden kann, daß dieselben der Disposition des Schuldners entzogen sind[2]).

Daß Forderungspfandrechte im Art 5 des Staatsvertrags mitgemeint sind, folgt auch aus der Erwägung, daß andernfalls eine ganze Klasse der wichtigsten Vermögensrechte von der zu Gunsten der beiderseitigen inländischen Gläubiger in Art. 5 getroffenen Bestimmungen ausgeschlossen wäre und daß eine dahingehende Absicht der kontrahierenden Regierungen bei den Verhandlungen zu dem Staatsvertrag nirgends kundgegeben worden ist. Die Voraussetzung in Art. 5 „wenn ein bewegliches Vermögensstück sich in den Händen des Gläubigers befindet" will das Prinzip der Oeffentlichkeit und der Spezialität der modernen Pfandgesetzgebung, welche man damals im Auge hatte[3]), verwirklichen, läßt aber keinen Schluß zu, daß nur Pfandrechte an körperlichen Sachen unter den Art. 5 des Staatsvertrags fallen.

Aus der Bestimmung des Art. 5, daß das bewegliche Vermögensstück sich als Pfand in den Händen des Gläubigers befinden muß, folgt, daß an Faustpfandrechte gedacht ist wobei nicht unterschieden ist, ob dieselben auf Vertrag oder auf Gesetz beruhen.

Die Frage, ob ein Pfandrecht im konkreten Falle begründet ist, ist nach Art. 5 des Vertrags nach den Gesetzen desjenigen Staats zu entscheiden, in welchem sich der dem Gläubiger verhaftete Pfandgegenstand befindet. Von einem Orte der gelegenen Sache kann zwar bei einem Forderungspfand nicht eigentlich die Rede sein, wohl aber kommen auch

1) Vergl. Windscheid, Pand. § 239 Ziff. 2.

2) Hahn, Materialien zur C.P.O. S. 424. (Motive zu § 709 der C.P.O.)

3) Vergl. Note des württ. Justizministeriums an das Ministerium der auswärtigen Angelegenheiten vom 10. November 1821.

bei einer Forderung örtliche Beziehungen vor. Im vorliegenden Falle handelt es sich nicht um die Frage, nach welchem örtlichen Rechte die gepfändete Forderung zu beurteilen ist, wofür der Erfüllungsort maßgebend wäre, sondern um die Frage, wo sich die gepfändete Forderung — wie man hinzudenken muß: als Pfand — in den Händen des Pfändungsgläubigers befindet, also um die Frage nach dem Orte des Vermögensbesitzes. Der Vermögensbesitz besteht aber bei dem Forderungsfaustpfand in dem unmittelbaren Verhältnis des Pfandgläubigers zum Drittschuldner, wobei die Unterwerfung des Letzteren unter den Willen des Pfandgläubigers ersichtlich gemacht ist. Ob danach der Wohnsitz des Pfandgläubigers oder der des Drittschuldners maßgebend ist, kann im vorliegenden Falle dahingestellt bleiben, da sowohl die Beklagten als der Drittschuldner J. B. L. in Württemberg ihren Wohnsitz haben.

Urteil des II. Civilsenats vom 30. Dezember 1897 in Sachen Dreifuß u. Lehmann gegen Konkursmasse des Nachlasses des S. Levi.

Die Revision gegen dieses Urteil ist zurückgewiesen worden.

31.

Voraussetzung der Anfechtung aus § 23 Ziff. 1 Satz 2 Konkursordnung ist, daß durch die anzufechtende Rechtshandlung die Konkursmasse vermindert worden ist.

Die beklagte Firma G. und L. in Viersen hatte laut vollstreckbaren Urteils an L. B., über dessen Vermögen im November 1897 das Konkursverfahren eröffnet worden ist, 1385 Mk. zu fordern. Hierauf hat sie folgende Zahlungen erhalten:

1) am 17. August 1897 durch zwei telegraphische Postanweisungen über 400 Mk. und über 390 Mk. zusammen — 790 Mk.;

2) am 6. Sept. 1897 durch gewöhnliche Postanweisung vom 5. Sept. 238 Mk. 7 Pfg.

Diese Zahlungen erfolgten an einen Vertreter der Be-

klagten, R.A.H., an dessen Adresse die drei Postanweisungen gerichtet waren. Die Postanweisungen sind sämtlich von der damaligen Wirtschafterin des B., Martha F. in T., aufgegeben worden.

Die telegraphische Postanweisung über die 400 Mk. enthält den Wortlaut: Martha F. zahlt 400 Mk. für Rechtsanwalt H. in T. und unter der Rubrik „Sonstiges“: „Für Herrn B. zur Ausgleichung Viersen“.

Die andere telegraphische Postanweisung lautet: Martha F. zahlt 390 Mk. für Rechtsanwalt H. in T.

Die Postanweisung vom 5. September trug den Vermerk: Martha F. in T. für Herrn B. zum Restausgleich.

In einem Aufschrieb hat B. der F. unter anderen Posten als „geliehen von Fräulein F.“ gutgeschrieben:

F. 2/9. G. und L. in Viersen telegraphisch Mk. 808.
„ 5/9. Dr. H. in T. Kosten für G. und L. in Viersen Mk. 238. 07.“

Diese Zahlungen hat der Konkursverwalter auf Grund des § 23 Ziff. 1 Satz 2 und des § 24 Ziff. 1 K.O. angefochten. Die Klage ist im Berufungsverfahren abgewiesen worden aus folgenden

Gründen:

Die Anfechtung nach § 23 No. 1, der K.O. gründet die Klägerin des Näheren auf den zweiten Satz der No. 1 wonach anfechtbar sind die nach der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrage erfolgten Rechtshandlungen, welche einem Konkursgläubiger Sicherung oder Befriedigung gewähren, wenn dem Gläubiger zu der Zeit, als die Handlung erfolgte, die Zahlungseinstellung oder der Eröffnungsantrag bekannt war.

Zwar ist jetzt unbestritten, daß die fraglichen Zahlungen erfolgt sind, nachdem der Gemeinschuldner B. seine Zahlungen eingestellt hatte. Auch trifft die weitere Voraussetzung zu, daß der Beklagten zur Zeit der Zahlungen jene Zahlungseinstellung bekannt war, da sie, wie sich aus ihrem Schreiben an ihren Vertreter vom 8. Aug. 1897 ergiebt, die Sachlage genau kannte.

Aber gleichwohl ist die Anfechtung nicht begründet. Eine allgemeine Voraussetzung der Anfechtbarkeit im Sinne des § 22 der K.O. ist, daß die anzufechtende Rechtshandlung unmittelbar oder mittelbar eine Verminderung der zur Befriedigung der Gläubiger dienenden Konkursmasse bewirkt haben muß. Diese Voraussetzung ergibt sich aus den Vorschriften der §§ 23—25 der K.O. und aus dem Zwecke der Anfechtung, der in der nach § 30 der K.O. bestimmten Rückgewähr besteht[1]).

Die Verminderung der Konkursmasse kann geschehen durch Schmälerung der Aktivmasse (der Teilungsmasse) mittels Ausscheidens oder Verringerung eines Vermögensstücks, oder durch Erhöhung der Schuldenmasse, indem der Zugriff der Gläubiger durch Konkurrenz gleichstehender oder gar bevorzugter Befriedigungsrechte geschmälert wird[2]).

Jene allgemeine Voraussetzung der Anfechtbarkeit ist auch in den Fällen des § 23 Nr. 1 II. Satz erforderlich, obwohl hier eine Benachteiligung der Konkursgläubiger nicht ausdrücklich als Thatbestandsmerkmal hervorgehoben ist. Die Anfechtung bezweckt nur die Wiederherstellung des früheren Zustands, will aber dem Anfechtungskläger nicht neue Befriedigungsmittel verschaffen[3]).

Die Verminderung der Konkursmasse ist nun aber im vorliegenden Falle weder in der einen, noch in der anderen Richtung erfolgt.

Denn wie nunmehr erwiesen ist hat die Zeugin Martha F. die fraglichen Zahlungen gemacht; sie hat eidlich bezeugt, daß der Gemeinschuldner B. sie gebeten habe, die Beträge für die Beklagte an den Anwalt einzusenden, daß sie hierauf das hiezu erforderliche Geld beidemale ihrem eigenen

---

1) Petersen-Kleinfeller, K.O. S. 94; Wilmowski, K. O. § 22 Note 1. Abs. 2.

2) Wilmowski a. a. O. § 22 Anm. 1; Cosack, Anfechtungsrecht S. 59; Stieglitz, K.O. § 22 Anm. I. 1.

3) Vergl. R.G. 20 S. 160.

Gelde entnommen und sodann, ohne das Geld zuvor dem B. einzuhändigen, es auf der Post an Rechtsanwalt H. eingezahlt habe. Die Wahrheit dieser Angabe ist von keiner Seite angezweifelt worden. Die Angaben entsprechen auch der natürlichen Sachlage, da ein Hin- und Hergeben des Geldes zwecklos gewesen wäre und, wie sich aus der Aussage der Zeugin entnehmen läßt, absichtlich von B. vermieden wurde.

Unerheblich ist die der Zeugin im Vernehmungstermin vorgelegte Frage, ob B. das Geld, bevor sie es auf die Post getragen habe, in ihrer Hand gesehen habe. Denn wenn dies auch der Fall gewesen wäre, so würde damit nicht eine Uebergabe des Geldes an B. zu folgern sein. Im Gegenteil ist daraus, daß, wie die Zeugin nach der Behauptung der Klägerin weiter ausgesagt haben soll, B. das Geld deshalb nicht eingezahlt habe, weil er keinen Gläubiger habe bevorzugen dürfen, der Schluß gerechtfertigt, daß B. ebendeshalb das Geld nicht in seinen Besitz erwerben wollte, weil er aus eigenen Mitteln — und das Geld wäre ja im Falle der Uebergabe sein Eigentum geworden — nicht mehr einen Gläubiger befriedigen durfte.

Unter diesen Umständen kann ebensowenig von einem constitutum possessorium die Rede sein, da dieses die Absicht der Besitzübertragung und auf der anderen Seite die des Besitzerwerbs, wobei nur das Hin- und Hergeben erspart werden soll, gleichfalls voraussetzt.

Ebensowenig läßt sich daraus, daß B. die fraglichen Geldbeträge als Darlehen seitens der F. dieser gutgeschrieben hat, folgern, daß B. das Geld zu Eigentum erworben hat, da ein Darlehen auch in der Art kontrahiert werden kann, daß das Eigentum an dem Gelde nicht dem Darlehensschuldner, sondern mit seinem Willen einem Andern verschafft wird[1]), oder daß vereinbart wird, daß eine andere Schuld (hier die Regreßforderung der F. aus Auftrag) als Darlehen stehen

1) Windscheid, Pand. § 370 Nr. 12.

bleiben soll[1]).

Da somit das eingezahlte Geld niemals einen Bestandteil des B.'schen Vermögens gebildet hat, so ist die Aktivmasse des Gemeinschuldners durch jene Zahlungen, die vielmehr von der Zeugin F. unmittelbar nur aus ihrem Vermögen und ihren Mitteln geleistet worden sind, nicht geschmälert worden; auch ist nicht etwa mittelbar eine Verringerung der gemeinschuldnerischen Aktivmasse durch Inanspruchnahme von Deckungsmitteln, die zu derselben gehörten, eingetreten.

Die Grundsätze der Bereicherungsklagen können hier keine entsprechende Anwendung finden, da eine Kondiktion selbst in Fällen gegeben sein kann, wo von einer Verminderung des vorhandenen Vermögens infolge der zu kondicierenden Leistung auf Seiten des Kondiktionsberechtigten keine Rede sein kann[2]).

Aber auch nicht durch Erhöhung der Schuldenmasse ist eine Verminderung der Konkursmasse bewirkt worden. Denn durch die seitens der Martha F. erfolgten Zahlungen an die Beklagte ist zwar einerseits eine Ersatzschuld oder die Darlehensschuld des Gemeinschuldners B. gegen die F. erwachsen, zugleich aber durch jene Zahlungen eine mit jener Ersatzschuld gleichwertige Schuld des Gemeinschuldners, nämlich die Forderung der Beklagten beseitigt worden, so daß der Stand der Passivmasse des Gemeinschuldners nicht die geringste Erhöhung oder Mehrbelastung erfahren hat[3]).

Was endlich die Anfechtbarkeit gemäß § 24 Nr. 1 der K.O. anlangt, so fehlt es unter den vorstehend dargelegten Umständen an der Absicht des Gemeinschuldners, durch die

---

1) Windscheid a. a. O. N. 11.

2) Vergl. l. 9 pr. D. de cond. c. d. (12, 4); Windscheid, Pand. § 424 Note 9.

3) R.G. 26 S. 76 f.; Petersen-Kleinfeller, K.O. S. 116.

von ihm bewirkte Zahlung der Forderung der Beklagten seine Gläubiger zu benachteiligen.

Hienach ist die erhobene Beschwerde nicht begründet.

Urteil des II. Civilsenats vom 9. März 1899 in Sachen Groethuysen und Linxweiler gegen Bauer'sche Konkursmasse.

Der I. Civilsenat hat in einem Urteil vom 16. Dezember 1898 in Sachen Lemberger gegen Bauer'sche Konkursmasse einer gleichartigen Anfechtung des nämlichen Konkursverwalters stattgegeben, bei der der Sachverhalt sich von dem obigen nur dadurch unterschied, daß die M. F. die für den Anfechtungsbekl. B. bestimmten 700 Mk. mittels telegraphischer Postanweisung vom 12. August 1897 an einen Reisenden des späteren Gemeinschuldners B. gesandt hat, der das Geld sodann dem L. auszahlte. In den Gründen dieses Urteils ist gesagt: „Wenn auch die Benachteiligung der Gläubiger durch den Wortlaut des § 23 Ziffer 1 Satz 2 K.O. nicht verlangt ist, so kommt doch für den Sinn weiter in Betracht der § 30 K.O., nach welchem auf Grund gelungener Anfechtung „zurückgewährt" werden muß, was aus dem Vermögen des Gemeinschuldners durch die anfechtbare Handlung weggegeben ist. Die (Zurück-)Gewährung der 700 Mk. kann also auf Grund dieser Bestimmungen des Anfechtungsrechts nur dann mit Erfolg verlangt werden, wenn das Geld aus dem Vermögen des Gemeinschuldners weggegeben ist, also zuvor diesem Vermögen angehört hat." Sodann wird ausgeführt, daß der Reisende, als ihm die 700 Mk. von der Post ausbezahlt wurden, dieses Geld als *Vertreter des* B. und mit Rechtswirkung für diesen in Empfang genommen und in gleicher Eigenschaft an den Beklagten ausbezahlt habe.

32.

Zur Auslegung der §§ 88, 90 und 98 Gerichtskostengesetzes.

Kläger hatte gegen den Fiskus eine Schadensersatzklage

erhoben, die im Berufungsverfahren schließlich — nachdem auf einen Eid des Klägers erkannt worden war — durch einen Vergleich erledigt wurde, worin Beklagter alle Kosten übernahm. Vom Kläger war in erster Instanz ein Kostenvorschuß von 120 Mk., in zweiter ein solcher von 150 Mk. erhoben worden; letzteren hat das Kassenamt des Oberlandesgerichts zurückerstattet, Ersatz des ersteren hat Kläger in seiner zur Feststellung eingereichten Kostenrechnung verlangt. Die Civilkammer hat diesem Antrag entsprochen, auf sofortige Beschwerde des Beklagten hat aber das Oberlandesgericht diese 120 Mk. in der Rechnung des Klägers gestrichen aus folgenden

Gründen:

Den in erster Instanz entrichteten Gebührenvorschuß von 120 Mk. hat der Kläger nicht von dem Beklagten ersetzt zu verlangen, da aus der Uebernahme der Kosten seitens der von der Gebührenentrichtung befreiten beklagten Partei mit Grund gefolgert wird, daß die von dem Kläger erhobenen Gerichtsgebühren diesem von der Gerichtskasse, welche dieselben eingezogen hat, zurückzuzahlen sind. Die Vorschrift des § 90 des Gerichtskostengesetzes, wonach die Verpflichtung zur Zahlung der vorzuschießenden Gebührenbeträge bestehen bleiben soll, wenn auch die Kosten des Verfahrens einem Andern auferlegt oder von einem Andern übernommen sind, erleidet eine Einschränkung durch die Bestimmungen, welche für den Fall der Beteiligung einer von der Gebührenpflicht befreiten Partei am Rechtsstreit getroffen sind. In Betracht kommt hier zunächst § 98 Abs. 4 des Gerichtskostengesetzes welcher vorschreibt, daß Gebühren nicht zu erheben und erhobene zurückzuzahlen sind, soweit demjenigen, welchem die Gebührenfreiheit zusteht, Kosten des Verfahrens auferlegt werden. Der Zweck des Gesetzes, die von der Gebührenentrichtung befreite Partei gegen jede Inanspruchnahme wegen Gerichtsgebühren sicher zu stellen, verbietet auch, mit den ihr zugeschiedenen Gebühren die nicht befreite Gegenpartei

zu belasten und die befreite Partei dem Ersatzanspruch der letzteren auszusetzen was im Gegensatz zu den Vorschriften in § 87 Abs. 2, § 90 des Gerichtskostengesetzes dazu führt, daß Zahlungen und Vorschüsse der nicht befreiten Partei zurückgegeben werden, soweit sie nach der ergangenen Entscheidung von der befreiten Partei erstattet werden müßten.

Sind Gerichtskosten der befreiten Partei zwar nicht durch gerichtliche Entscheidung auferlegt, aber im Weg der Uebereinkunft der Beteiligten gemäß § 86 Abs. 1 zweiter Fall des Gerichtskostengesetzes von derselben übernommen, so erscheint § 98 Abs. 4 daselbst nicht ohne weiteres anwendbar und fragt es sich, ob nicht der § 88 des Gerichtskostengesetzes Platz greife, welcher für die Fälle der vertragsmäßigen Regelung der Kostenpflicht behufs Sicherung der Staatskasse gegen Verluste an Gebühren und Auslagen eine subsidiäre Haftung jeder Partei wenigstens für die Hälfte der entsprechenden Gerichtskosten statuiert. Da jedoch in Abs. 2 dieses § 88 die Haftung derjenigen Partei, welche nach dem Vertrag von den Kosten entbunden ist, erst geltend gemacht werden kann, wenn eine Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen der andern Partei, welche die Kosten übernommen hat, ohne Erfolg geblieben ist, so ist der Anspruch der Staatskasse aus § 88 Abs. 1 auch dann zu verneinen, wenn wegen gesetzlicher Befreiung der letztgenannten Partei eine Inanspruchnahme der letzteren überhaupt nicht in Frage kommt, die nicht befreite Partei also (bei Geltendmachung ihrer subsidiären Haftung) für eine gesetzlich befreite, wenn auch zahlungsfähige Partei einzustehen hätte. Ist aber für diesen Fall die subsidiäre Haftung der nicht befreiten Partei gegenüber der Staatskasse gesetzlich nicht zu begründen so ist als Schuldner der entstandenen Gebühren, welcher „die Kosten des Verfahrens durch eine vor dem Gericht abgegebene oder demselben mitgeteilte Erklärung übernommen hat" (§ 86 Abs. 1 l. c.), nur eine gesetzlich befreite Partei vorhanden und erscheint auch hier die in § 98 Abs. 4 vorgesehene Entlastung der nicht befreiten Gegenpartei mittelst Rückzahlung

der von ihr entrichteten Gebührenvorschüsse und Zahlungen begründet.

Beschluß des I. Civilsenats vom 20. Juni 1898 in Sachen Schwarzenbach g. Fiskus.

33.

Berechnung der Verhandlungsgebühr des Anwalts im Fall der Verbindung mehrerer Prozesse.

Der Sachverhalt ergibt sich aus den

Gründen.

Es handelt sich darum, ob Verhandlungsgebühren in beiden, durch Gerichtsbeschluß vom 11. März 1897 verbundenen Rechtssachen, also aus den Streitwerten von 4358 Mk. und 5049 Mk. mit je 52 Mk. (zus. 104 Mk.) berechnet werden können, oder ob nur eine einzige Verhandlungsgebühr aus der Summe der genannten Streitwerte, also aus 9458, mit 64 Mk. berechnet werden darf.

Nach den Protokollen über die mündliche Verhandlung vom 11. März 1897 haben in beiden Rechtssachen die Anwälte „nach Bezeichnung der Prozeßparteien und des Streitgegenstands" ihre Anträge verlesen „und sodann übereinstimmend den Antrag gestellt", die beiden Sachen zum Zweck gleichzeitiger Verhandlung und Entscheidung zu verbinden, welchem Antrag das Gericht sofort durch (in geheimer Umfrage gefaßten und sodann verkündeten) Beschluß entsprochen hat. Hierauf begründeten nach dem Protokoll die Parteianwälte in mehrmaliger Rede und Gegenrede ihre Anträge.

Nach § 138 C.P.O. konnte das Gericht die Verbindung der beiden Prozesse nur anordnen, wenn die Ansprüche, die den Gegenstand der Prozesse bildeten, in rechtlichem Zusammenhang standen oder in einer Klage hätte geltend gemacht werden können. Um beurteilen zu können, ob diese Voraussetzungen vorlagen, mußte das Gericht den Streitstoff der beiden Prozesse wenigstens in den allgemeinsten Umrissen kennen, er mußte ihm also zuvor — wenn das Gericht in

Gemäßheit der Prozeßordnung verfahren ist — insoweit vorgetragen werden. Es liegt aber kein Grund vor, daran zu zweifeln, daß das Gericht prozeßordnungsgemäß verfahren ist, insbesondere läßt sich die Bemerkung der Protokolle vom 11. März, daß die Anträge „nach Bezeichnung des Streitgegenstands" verlesen worden seien, dahin verstehen, daß eine allgemein gehaltene Darlegung des Streitstoffs in beiden Prozessen vor dem Antrag auf deren Verbindung gegeben worden ist, die es dem Gericht ermöglicht hat, zu prüfen, ob die Voraussetzungen des § 138 C.P.O. vorlagen.

Diesfalls war aber schon vor Verkündung des Verbindungsbeschlusses in beiden Prozeßsachen — je getrennt — (kontradiktorisch) verhandelt worden, in welcher Beziehung auf die Gründe des (in den W. J.B. Bd. 9 S. 352—354 abgedruckten) Beschlusses dieses Senats vom 7. Mai 1897 verwiesen werden kann. Ob die „Verhandlung" der Verlesung der einander widersprechenden Anträge vorhergegangen oder nachgefolgt ist, erscheint nach Lage der Sache belanglos.

War aber in beiden Sachen je getrennt kontradiktorisch verhandelt, so war damit die getrennte Anrechnung einer Verhandlungsgebühr in jeder der beiden Sachen begründet und der Umstand, daß die die eigentliche Grundlage des Urteils bildende mündliche Verhandlung zur Sache dem Verbindungsbeschluß erst nachgefolgt ist, vermochte nicht, eine nachträgliche Ermäßigung der einmal entstandenen Ansprüche auf zwei Verhandlungsgebühren aus 4358 Mk. und 5049 Mk. herbeizuführen.

Beschluß des ersten Civilsenats vom 30. Mai 1898 in Sachen Haug und Schüz gegen Mayer-Beckh.

B. in Strafsachen.

5.

Ist der Art. 7 Ziff. 3 des württembergischen Polizeistrafgesetzes, betr. den Vertrieb von Losen auswärtiger Lotterien, durch den § 763 des B.G.B. außer Kraft gesetzt?

Die Revision des Angeklagten, die auf Grund des § 763 B.G.B. die Ungültigkeit des Art. 7 Z. 3 des württ. P.St.G. rügte, wurde vom Strafsenat mit folgender Begründung verworfen.

Dieser Rüge steht allerdings der Umstand nicht entgegen, daß die in Frage stehenden Uebertretungen sowie das Urteil erster Instanz noch in die Zeit vor dem Inkrafttreten des B.G.B. fallen. Denn da rechtswirksam Berufung eingelegt worden war und die Berufungsverhandlung am 23. Februar 1900, also unter der Herrschaft des B.G.B. stattfand, so hätte das Berufungsurteil den Angeklagten nicht mehr auf Grund des Art. 7 Ziff. 3 des württ. P.St.G. schuldig sprechen können, wenn dieses Strafgesetz durch das B.G.B. aufgehoben wäre. Das Berufungsurteil enthält eine „Aburteilung" der begangenen Handlung im Sinn des § 2 Abs. 2 St.G.B. und bei dieser Aburteilung ist im Falle der Verschiedenheit der Gesetze das mildeste Gesetz anzuwenden. Dieses „mildeste Gesetz" wäre der § 763 B.G.B., wenn durch ihn, wie die Revision annimmt, der Art. 7 Ziff. 3 des württ. P.St.G. seine Geltung verloren hätte.

Die Ansicht der Revision, daß die landesgesetzlichen Strafbestimmungen gegen das sog. Kollektieren für auswärtige, in dem betreffenden Bundesstaate nicht genehmigte Lotterien, sowie gegen das Spielen in solchen Lotterien durch das B.G.B. außer Kraft gesetzt worden seien, wird neben Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 3. und 4. Auflage, Bd. 1 S. 855 und Juristenzeitung 1898 S. 51 ff., auf den sich die Revision beruft, auch durch von Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 9. Aufl., S. 507 N. 1, und durch Brückmann, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. 19 S. 628 ff. (S. 692), vertreten.

Bei diesen Schriftstellern ist zuvörderst bemerkenswert, daß sie entgegen der, z. B. von Liszt selbst als solcher anerkannten gemeinen Meinung und entgegen der feststehenden Rechtsprechung des Reichsgerichts und der Oberlandesgerichte, namentlich auch des erkennenden Senats, schon auf Grund des § 2 Abs. 1 E.G. zum St.G.B. die Ungültigkeit jener landesgesetzlichen Strafbestimmungen behaupten, wofür Liszt und Brückmann in § 763 B.G.B. eine weitere Stütze zu finden meinen, und daß Endemann am Schluß des angeführten Aufsatzes in der Juristenzeitung über diese Strafgesetze im Allgemeinen sich dahin äußert, es sei nicht zu bedauern, daß die landesgesetzlichen Lotterieverbote, die niemals ein Verständnis im Volk gefunden haben (?), verschwinden.

Die Beanstandung des Art. 7 Ziff. 3 des württ. P.St.G. auf Grund des § 2 Abs. 1 E.G. zum St.G.B. hat sich die Revision nicht angeeignet. Mit Recht. Nach den Motiven zu § 281 (jetzt 286) St.G.B. sollen die Vorschriften des Landesrechts über das Spielen in ausländischen (= auswärtigen) Lotterien und das Kollektieren für solche nicht berührt werden. Diese Erklärung wurde bei der Beratung des St.G.B. weder widerrufen noch widersprochen. Es liegt deshalb zum mindesten eine Uebereinstimmung der gesetzgebenden Faktoren darüber nicht vor, daß durch das St.G.B. die „Materie" des Glücksspiels auch nach den erwähnten Richtungen erschöpfend geregelt werde, mag dies auch nach allen anderen Richtungen

beabsichtigt und insoweit diese Materie erschöpfend geregelt sein. Eine ausdrückliche Bestimmung über die Regelung dieser Materie findet sich ja nirgends und die in dieser Richtung gezogenen Schlußfolgerungen haben in jener Erklärung der Motive aus den dargelegten Gründen ihre Schranke. Diese Ansicht wird dadurch bestätigt, daß in der Begründung des Reichsstempelgesetzes vom 1. Juli 1881, wiederum ohne Widerspruch, die betreffenden Verbotsgesetze der Bundesstaaten als thatsächlich bestehend erörtert und damit als zu Recht bestehend anerkannt sind.

Aber auch der von der Revision aus § 763 B.G.B. abgeleitete Gesichtspunkt, daß dasselbe, was das Reichsrecht für verbindlich erkläre, nicht durch die Landesgesetze mit Strafe bedroht werden könne, ist nicht zutreffend.

Der § 763 B.G.B. bestimmt: „Ein Lotterievertrag oder ein Ausspielvertrag ist verbindlich, wenn die Lotterie oder die Ausspielung staatlich genehmigt ist."

Die Revision nimmt nun ohne weiteres an, daß, wenn eine Lotterie in einem Bundesstaat genehmigt ist, ein auf diese Lotterie bezüglicher Vertrag im ganzen Reichsgebiet, also auch in den Staaten, die diese Lotterie nicht genehmigt haben, verbindlich und klagbar sei. Diese Ansicht wird zwar neben Endemann und Brückmann a. a. O. auch von Planck, B.G.B. zu § 763, und Thielmann, Juristenzeitung, 1900 S. 84 geteilt, welche beide letztere gleichwohl entschieden für die Gültigkeit der angefochtenen Strafverbote eintreten. Dagegen nehmen Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. 1 Abt. 2, S. 561 f., Scherer, Gesetzgebung des deutschen Reichs Bd. 6, B.G.B. 1, Buch, zu § 134 S. 244 f., und Bd. 7 B.G.B. 2, Buch zu § 763 S. 1075 f. und Delius, Juristenzeitung 1899 S. 494 f., nicht allein die Gültigkeit jener landesgesetzlichen Strafbestimmungen, sondern auch die Beschränkung der Verbindlichkeit eines Lotterievertrags auf das Gebiet desjenigen Bundesstaates an, der die betreffende Lotterie genehmigt hat.

Allein die Frage der räumlichen Geltung und Verbind-

lichkeit der Lotterieverträge bezüglich einer von einem Bundesstaat gemäß § 763 B.G.B. genehmigten Lotterie kann auf sich beruhen. Denn der aufgestellte allgemeine Satz, daß ein nach Reichsgesetz verbindlicher Vertrag vom Landesgesetz nicht unter Strafe gestellt werden könne, hat weder im B.G.B. noch sonst im Reichsrecht eine Grundlage. Vielmehr kommt im B.G.B. der gegenteilige Gesichtspunkt zur Geltung.

Der § 134 B.G.B. erklärt allgemein ein Rechtsgeschäft für nichtig, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt. Nach Art. 2 E.G. zum B.G.B. ist aber Gesetz im Sinne des B.G.B. und des E.G. jede Rechtsnorm, namentlich auch eine solche des materiellen Landrechts, wie dies in den Motiven zum I. Entw. des B.G.B. S. 1 f. und des E.G. Art. 2 noch besonders hervorgehoben ist. Somit ist nach dem B.G.B. hinsichtlich der Verbindlichkeit eines Rechtsgeschäfts die Prüfung geboten, ob und inwiefern ein nach dem B.G.B. an sich verbindliches Rechtsgeschäft nicht gegen ein verbietendes Reichs- oder zu Recht bestehendes Landesgesetz verstoße, und zutreffendenfalls die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts gegeben. Nicht aber folgt aus der Verbindlichkeit eines Rechtsgeschäfts nach B.G.B. die Unwirksamkeit eines dasselbe unter Strafe stellenden Reichs- oder auch nur Landesgesetzes. Denn dann hätte dem § 134 B.G.B. nicht bloß der ausschließlich auf die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts sich beziehende Satz beigefügt werden dürfen, „wenn sich nicht aus dem Gesetz ein Anderes ergibt", sondern es hätte hier ausgedrückt sein müssen, daß in diesem letzteren Fall das verbietende Gesetz selbst, namentlich etwa das verbietende Landesgesetz, außer Kraft trete. Daß dies aber nicht der Sinn und Wille des B.G.B. ist, bestätigen auch die Motive zum I. Entw. § 105 (jetzt 134). Sie gehen davon aus, daß bei einem die Vornahme eines Rechtsgeschäfts verbietenden oder mit Strafe bedrohenden Gesetz das dem Verbot zuwider vorgenommene Rechtsgeschäft *in der Regel* nichtig sei. Sie fügen dann aber bei, daß in einem Fall, in dem bei einem Vertrag das Verbot nur

den einen Teil treffe, der Vertrag als solcher der Regel nach nicht ungültig sei. Davon daß die Gültigkeit eines solchen Vertrags die Strafloſigkeit des von dem Verbot betroffenen Teils zur Folge habe, ist nirgends die Rede. Im Gegenteil stehen in den Motiven die Gültigkeit des Vertrags und die Strafbarkeit des einen Beteiligten gerade wegen Schließung dieses Vertrags als zwei Thatsachen neben einander, zum deutlichen Beweis, daß der im B.G.B. nirgends ausgesprochene Satz, es können rechtsverbindliche Verträge nicht strafbar sein, auch nicht als vom B.G.B. stillschweigend gewollt und anerkannt erachtet werden kann. Auch Endemann, Juristenzeitung 1898 S. 52 Sp. 2, anerkennt, daß es Strafnormen gibt, die ohne Einfluß auf die civilrechtliche Gültigkeit eines Geschäfts sind, z. B. die Bestrafung eines Verkaufs unter Verletzung der Sonntagsruhe, ferner die Lotterieverträge so könne ein Gesetz auch einen verbotswidrig hergestellten Zustand als unanfechtbaren dulden und die Handlung selbst doch mit Strafe bedrohen, wie dies z. B. bei aufschiebenden Ehehindernissen angeordnet sei. Ob aber ein Rechtsgeschäft von dem B.G.B. ausdrücklich als rechtsverbindlich erklärt wird oder ob es nach den allgemeinen Bestimmungen des B.G.B. als rechtsverbindlich sich ergibt, ist für die Frage der Gültigkeit eines wider ein solches Rechtsgeschäft gegebenen Strafverbots unerheblich.

Im Einklang hiemit steht, was das E.G. zum B.G.B. und dessen Materialien über das Verhältnis des B.G.B. zu den Landesgesetzen aussprechen und an die Hand geben. Der Art. 55 des E.G. setzt ausdrücklich nur die privatrechtlichen Vorschriften der Landesgesetze außer Kraft. Zum entsprechenden Art. 33 des I. Entwurfs sagen die Motive: „Gegenstand der Kodifikation ist das bürgerliche Recht. Rechtsteile, die ihm nicht angehören, werden grundsätzlich nicht berührt. Wenn das B.G.B. aus besonderen Gründen Vorschriften aufgenommen hat, die einem fremden Rechtszweige angehören, so beschränkt die Wirkung solchen Eingreifens sich darauf, daß die für den fremden Rechtszweig geltenden Normen ihre

Geltung insoweit verlieren, als sie von den übergreifenden Vorschriften verdrängt werden." Daß der § 763 B.G.B. diesen allgemeinen Grundsatz der Beschränkung auf privatrechtliche Normen verlassen und in das strafrechtliche Gebiet eingreifen würde und wollte, dafür fehlt im Gesetz und in seiner Entstehungsgeschichte jede Andeutung. Endemann selbst muß anerkennen (Lehrbuch des bürgerlichen Rechts 3. und 4. Aufl. S. 856), daß die von ihm angenommene „Folge" der Ungültigkeit der landesgesetzlichen Lotterieverbote gegenüber einer von einem Bundesstaat genehmigten Lotterie „schwerlich von den Regierungen beabsichtigt und vorgesehen" sei. Nun sollten aber in das B.G.B. nur „aus besonderen Gründen" Vorschriften aufgenommen werden, die in andere Rechtsgebiete eingreifen. Hier dagegen wären ganz stillschweigend, ja ohne das Bewußtsein der Bundesregierungen landesrechtliche Strafgesetze aufgehoben worden, die nicht etwa in dem einen oder anderen kleinen Bundesstaat, sondern in fast allen deutschen und namentlich in den größten Bundesstaaten, wie Preußen, Bayern, Sachsen, Württemberg, Baden, schon seit Jahrzehnten bestehen und keineswegs nur aus finanziellen, sondern auch aus rein volkswirtschaftlichen Gründen, wie in Württemberg, das keine Staatslotterie hat. Zudem beweisen die zahlreichen Straffälle, wie sie namentlich auch das Reichsgericht von Anfang an bis in die neueste Zeit beschäftigt haben, und die mit der Zunahme der Zuwiderhandlungen immer schärfer werdenden Strafen, daß diese Gesetze einem wirklichen Bedürfnis entsprechen. Um so weniger ist es denkbar, daß solche zahlreiche und in lebhaftester Anwendung befindlichen Strafgesetze von dem B.G.B. nur so beiläufig hätten beseitigt werden wollen oder vielmehr lediglich als „Folge" einer privatrechtlichen Norm, ohne daß ein Wort hierüber verloren worden wäre, wären beseitigt worden.

Uebrigens fehlt es in den Vorarbeiten zum B.G.B. keineswegs ganz an Anhaltspunkten dafür, daß nicht die Aufhebung dieser landesgesetzlichen Lotterieverbote, sondern ihr

Bestehen und Fortbestehen neben dem B.G.B. vorausgesetzt wurde. In der Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines B.G.B. ist laut des metallographierten Protokolls der 246. Sitzung vom 12. Oktober 1883 (S. 2648 ff.) zur Prüfung gelangt, ob Bestimmungen nötig seien: „über das verbotswidrige Spielen in auswärtigen Lotterien (zu vergl. Mat. 24 und die dort nicht angegebene Entscheidung des Reichsgerichts [in Civilsachen] Bd. 5 S. 124)." Eine besondere Vorschrift hielt die Kommission nicht für notwendig. Daß dieses verbotswidrige Spielen in auswärtigen Lotterien die Teilnahme an einer in einem anderen Bundesstaat genehmigten Lotterie ist, kann zumal angesichts der angeführten Reichsgerichtsentscheidung, die einen solchen Fall behandelt, nicht bezweifelt werden. Ebenso zweifellos ist gerade auch angesichts dieser Entscheidung, daß es sich lediglich um privatrechtliche Bestimmungen bezüglich eines solchen verbotswidrigen Spiels handelte. Also war die Verbotswidrigkeit des Spiels, in Rücksicht auf welche überhaupt erst die privatrechtlichen Bestimmungen in Frage kamen, als thatsächlich vorhanden vorausgesetzt und somit auch das Zurechtbestehen der betreffenden Verbots- und Strafgesetze. Im gleichen Sinn sprechen sich auch die Motive zum I. Entwurf des B.G.B., Bd. 2, S. 649 aus, wenn sie sagen: „Ueber die Wirksamkeit eines gesetzlich verbotenen Lotterie- oder Ausspielvertrags bestimmt der Entwurf aus ähnlichen Gründen nichts, wie in Ansehung verbotener Spiel- und Wettverträge. Das Gleiche gilt von Bestimmungen über das verbotswidrige Spielen in auswärtigen Lotterien". Zu „Spiel und Wette" wurde nämlich (S. 644) dargelegt: Soweit der konkrete Spiel- und Wettvertrag durch das Gesetz schlechthin und absolut verboten sei, so trete nach § 105 des Entwurfs (§ 134 B.G.B.) Nichtigkeit des Vertrags ein. Soweit aber ein absolutes Verbot zweifelhaft und fraglich sei, ob nicht der Zusatz des § 105 „sofern nicht das Gesetz ein anderes ergiebt", zutreffe, so könnte die Aufnahme einer die Rückforderung des Geleisteten zulassenden Bestimmung

leicht als eine Art Deklaration der fraglichen Verbots- und Strafgesetze gedeutet werden, die das bürgerliche Gesetzbuch nicht geben könne. Auch hier ist das Bestehen von Verbots- und Strafgesetzen wider das Spielen in auswärtigen Lotterien vorausgesetzt. Hiemit können aber nur die in Frage stehenden Landesgesetze gemeint sein. Denn das Spielen in auswärtigen Lotterien ist besonders weder im St.G.B., noch in einem anderen Reichsgesetz verboten und unter Strafe gestellt. Was sonach von den Landesgesetzen wider das Spielen in auswärtigen Lotterien gilt, findet seine Anwendung auch auf die mit jenen regelmäßig verbundenen landesgesetzlichen Strafbestimmungen wider das sog. Kollektieren für auswärtige Lotterien.

Nach alledem steht das B.G.B. so wenig wie das St.G.B. der Gültigkeit des gegen den Angeklagten angewendeten Art. 7 Ziff. 3 des württ. P.St.G. entgegen; es besteht diese Strafbestimmung vielmehr zu Recht[1]).

Urteil des Strafsenats in Sachen Hagenow, unerlaubter Losvertrieb, vom 30. April 1900.

1) Nach öffentlichen Blättern erging in jüngster Zeit ein Urteil des Kammergerichts in Berlin mit dem gleichen Ergebniß bezüglich des preuß. Lotteriegesetzes vom 29. Juli 1885.

II.

Abhandlungen.

Die Vollstreckung von Urteilen bei Klagen aus Kauf nach dem B.G.B.

Von Amtsrichter Schöninger in Stuttgart.

I. Der § 433 B.G.B. verpflichtet den Verkäufer einer Sache, dem Käufer die Sache zu übergeben und das Eigentum an derselben zu verschaffen. Nach römischem Recht hat die Verpflichtung des Verkäufers nur darin bestanden, dem Käufer die verkaufte Sache zu tradieren, d. h. den Besitz zu verschaffen und, falls sie dem Käufer evinziert wurde, das Eviktionsinteresse zu ersetzen; zur Eigentumsverschaffung war der Verkäufer nicht verpflichtet. Doch ist letzteres richtig zu verstehen: Der Verkäufer übertrug dem Käufer bei Uebergabe der verkauften Sache stets auch das Eigentum, wenn er es selbst hatte[1]); denn der Wille des Verkäufers, das Eigentum nicht zu übertragen, war auch nach römischem Recht mit dem Begriff des Kaufs unvereinbar[2]). Konnte der Verkäufer dem Käufer das Eigentum an der Sache nicht verschaffen, weil ihm selbst auctoritas fehlte, so haftete er — abgesehen

1) fr. 11 § 2 de act. e. v. 19, 1. Et inprimis ipsam rem praestare venditorem opportet. id est tradere; quae res si quidem dominus fuit venditor, facit et emtorem dominum, si non fuit, tantum evictionis nomine venditorem obligat.

2) fr. 80. § 3 de contr. emt. 18, 1 nemo potest videri eam rem vendidisse, de cuius dominio id agitur, ne ad emtorem transeat; sed hoc aut locatio est aut aliud genus contractus.

von Verschulden (fr. 30 § 1 l. c. 19, 1) — nicht schon deswegen, weil er den Käufer nicht zum Eigentümer gemacht, sondern erst, wenn die tradierte Sache dem Käufer durch Eviktion entzogen war, dann aber ohne Rücksicht auf Verschuldung.

Das B.G.B. verpflichtet den Verkäufer schon von Kaufswegen zur Verschaffung des Eigentums, so daß er, so lange nicht das Eigentum frei von anderen beschränkenden Rechten (§ 434 B.G.B.) verschafft ist, seine Verpflichtung nicht erfüllt hat und daher den aus der Nichterfüllung sich ergebenden Einreden und Gegenansprüchen des Käufers ausgesetzt ist (§ 440 vgl. mit §§ 320—327 B.G.B.'s). Zu diesen Einreden des Käufers gehört insbesondere das Recht, die Gegenleistung zu verweigern (§ 320), also den noch nicht bezahlten Kaufpreis bis zur vollständigen Eigentumsverschaffung zurückzuhalten, auch wenn die Sache selbst schon tradiert ist.

Die rechtliche Konstruktion der Verpflichtung des Verkäufers, ob bloßes tradere mit Eviktionsprästation oder Eigentumsverschaffung hat ihre Bedeutung keineswegs darin, daß *deswegen*, weil das B.G.B. Eigentumsverschaffung verlangt, nun dem Käufer öfter Eigentum verschafft wird, als es nach dem Prinzip des römischen Rechts der Fall gewesen wäre, sondern ausschließlich in der Gestaltung der Haftung des Verkäufers für den Fall der *Nichtverschaffung* des Eigentums. Wer sich mit den Bestimmungen des B.G.B. über die Gewährleistung des Rechts (§§ 433—445, 365) eingehender beschäftigt, wird finden, daß dieses Gebiet ungewöhnlich kompliziert geworden ist und daß die römische Eviktionslehre viel klarer und durchsichtiger war. Das Tröstliche ist nur, daß Eviktionsprozesse, die bisher schon selten waren, jetzt, nachdem das B.G.B. die Eigentumsverschaffung noch besonders erleichtert hat (§§ 872, 932), fast gar nicht mehr vorkommen werden.

II. Zur Uebertragung des Eigentums an Grundstücken ist nach § 873 B.G.B. erforderlich die Einigung des Berechtigten und des andern Teils über den Eintritt der Rechts-

änderung und die Eintragung der Rechtsänderung im Grundbuch. Dazu kommt aber die Vorschrift des § 925, wonach die zur Uebertragung des Eigentums an einem Grundstück nach § 873 erforderliche Einigung des Veräußerers und Erwerbers (Auflassung) bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile vor dem Grundbuchamt erklärt werden muß. Nach Art. 34—38 des württb. A.G. vgl. mit Art. 143 des E.G. zum B.G.B. kann die Auflassung auch von dem Ratsschreiber vorgenommen werden.

Zur Uebertragung des Eigentums an beweglichen Sachen ist nach § 929 erforderlich, daß der Eigentümer die Sache dem Erwerber übergiebt und beide darüber einig sind, daß das Eigentum übergehen soll.

Der Verkäufer ist daher nach § 433 B.G.B. verpflichtet, diese Rechtsgeschäfte, je nachdem es sich um den Verkauf eines Grundstückes oder einer beweglichen Sache handelt, in Gemäßheit des § 873 vgl. mit § 925 oder des § 929 B.G.B. mit dem Käufer vorzunehmen. Mag man nun diese Akte, soweit sie in der Einigung der Beteiligten bestehen, dingliche Verträge heißen, wie es der I. Entwurf des B.G.B. (§§ 828, 868, 874 u. s. w.) gethan hat, oder mit dem B.G.B. den Ausdruck Vertrag hier vermeiden, soviel ist jedenfalls sicher, daß die Einigung nur zustande kommen kann auf Grund gegenseitiger Willenserklärungen; denn sie besteht nicht in der Thatsache, daß der Veräußerer A dem B das Eigentum übertragen und B das Eigentum von A erwerben will, ohne daß der eine die Absicht des andern kennt. Vielmehr ist jene Einigung überall erst dann vorhanden, wenn jeder dem andern seinen auf die Rechtsänderung gerichteten Willen erklärt hat und auf Grund dieser gegenseitigen Erklärungen die Uebereinstimmung der beiderseitigen Intentionen konstatiert ist. Dies ist klar ausgesprochen in § 925 B.G.B., wonach die Auflassung als qualifizierte Form der Einigung sich stets durch Willenserklärungen der beiden Teile vollzieht.

Ist daher ein Verkäufer nach B.G.B. verurteilt, dem Käufer das Eigentum an der verkauften Sache zu übertragen,

so geht diese Verpflichtung, abgesehen von der Besitzübertragung, dahin, daß er dem Käufer gegenüber, dessen korrespondierender Erwerbswille durch die Klage erklärt ist, seinen auf Uebertragung des Eigentums gerichteten Willen erklärt. Will der Verkäufer diese Erklärung nicht freiwillig vornehmen, so ist für die zwangsweise Vollstreckung die Bestimmung des § 774 C.P.O. maßgebend. Hienach gilt die Willenserklärung als abgegeben, sobald das Urteil die Rechtskraft erlangt hat. Insoweit ist die vorläufige Vollstreckbarkeit des Urteils ausgeschlossen oder jedenfalls bedeutungslos. Bezüglich der Vollstreckung des weiteren Inhalts — Auflassung und Eintragung im Grundbuch bei Grundstücken und Besitzübergabe bei Mobilien — gelten besondere Bestimmungen, so daß Urteile, die auf Eigentumsübertragung an Grundstücken und solche, die die Uebereignung an beweglichen Sachen zum Inhalt haben, besonders zu betrachten sind.

III. Urteile auf Uebertragung von Grundstücken.

1. Lautet ein Urteil aus Kauf, der beklagte Verkäufer habe dem Kläger das Eigentum des Grundstückes X zu übertragen, so gilt die zur Einigung erforderliche Willenserklärung des Beklagten mit der Rechtskraft des Urteils als abgegeben (§ 894 C.P.O.). Damit ist aber der Vorschrift des § 925 B.G.B. noch nicht genügt, wonach die Erklärung vor der Behörde abzugeben ist (Auflassung). Entgegen der Ansicht Gaupps (Com. zu § 779 der alten C.P.O. I Z. 2 u. II), der behauptet, die Willenserklärung gelte mit der Rechtskraft des Urteils auch dann als abgegeben, wenn sie vor einer Behörde oder in einer sonstigen Form vorzunehmen war, wird man mit dem Reichsgericht (Entsch. Band 31 Seite 359) den weiteren Verlauf sich so zu denken haben, daß der Käufer vor dem Grundbuchamt erscheint, hier seinen Auflassungswillen erklärt und gleichzeitig das die Erklärung des Verkäufers vertretende rechtskräftige Urteil vorlegt. Damit ist dann die Auflassung vollzogen und erst jetzt kann nach § 20 G.B.O. die Eintragung im Grundbuch vorgenommen werden.

Hienach wäre eine vorläufige Vollstreckbarkeit von Urteilen, die auf Eigentumsübertragung an Grundstücken lauten, vollständig ausgeschlossen. Nun bestimmt aber der § 895 C.P.O.: „Ist durch ein vorläufig vollstreckbares Urteil der Schuldner zur Abgabe einer Willenserklärung verurteilt, auf Grund deren eine Eintragung in das Grundbuch erfolgen soll, so gilt die Eintragung einer Vormerkung oder eines Widerspruchs als bewilligt."

Die Willenserklärung des Veräußerers, die zum Thatbestand der Einigung im Sinn des § 925 B.G.B. (Auflassung) gehört und diejenige, welche nach § 19, 29 der G.B.O. die formale Voraussetzung der Eintragung bildet, sind an sich besondere Akte. Allein da die Einigung, welche die Auflassung darstellt, sich ihrem Inhalt nach notwendig auch darauf beziehen muß, daß der Erwerber im Grundbuch eingetragen werde, weil dieser Eintrag zum Eintritt der Rechtsänderung unbedingt erforderlich ist, da ferner die Form der Auflassung, mag sie vor dem Grundbuchamt oder auf Grund des Art. 34 des württ. A.G. vor dem Ratsschreiber erfolgt sein, stets den Erfordernissen des § 29 der G.B.O. genügt, so enthält die Auflassung von selbst auch die Eintragungsbewilligung des Veräußerers.

Daraus folgt, daß ein Urteil, welches den Verkäufer verpflichtet, dem Käufer das Eigentum eines bestimmten Grundstückes zu übertragen, nur zu lauten hat: Der Beklagte ist verpflichtet, mit dem Kläger die Auflassung vorzunehmen oder das Grundstück aufzulassen. Denn mit dieser Auflassung hat Beklagter alles gethan, was von seiner Seite zur Eigentumsverschaffung erforderlich ist.

Ist ein solches Urteil für vorläufig vollstreckbar erklärt, so hat dies die Wirkung, daß die Eintragung einer Vormerkung im Sinne des § 883 B.G.B. als bewilligt gilt: Die Eintragung der Vormerkung erfolgt dann auf Antrag des Gläubigers (§ 13 der G.B.O.) auf Grund einer Ausfertigung des vorläufig vollstreckbaren Urteils, die nach § 725, vgl. mit § 895 C.P.O. lauten wird: Vorstehende Ausferti-

gung wird dem — (Kläger) zum Zwecke der Eintragung einer Vormerkung erteilt. Ist dann das Urteil rechtskräftig geworden, so bedarf der Kläger zur Vornahme der Auflassung und Herbeiführung der definitiven Eintragung einer zweiten vollstreckbaren Ausfertigung des Inhalts: „Vorstehende Ausfertigung wird dem — zum Zwecke der Auflassung des Grundstückes erteilt", mit welcher er dann die Auflassung vornimmt und den Eintragungsantrag stellt.

Wird die vorläufig vollstreckbare Entscheidung wieder aufgehoben, nachdem auf Grund derselben eine Vormerkung eingetragen wurde, so bedarf es zur Löschung nicht der Bewilligung des vorgemerkten Käufers (§ 25 G.B.O.).

Wir haben hienach folgendes Ergebnis: Ein Urteil, das den Verkäufer verpflichtet, dem Käufer das Eigentum des verkauften Grundstücks zu übertragen, ist vorläufig vollstreckbar hinsichtlich der Eintragung im Grundbuch, sofern auf Grund erklärter vorläufiger Vollstreckbarkeit gemäß § 895 C.P.O. eine Vormerkung bewirkt werden kann; dagegen ist es nicht vorläufig vollstreckbar hinsichtlich der Auflassung, die erst nach eingetretener Rechtskraft in Gemäßheit des § 894 C.P.O. erzwungen wird, worauf die definitive Eintragung erfolgt.

In der Fassung des Urteils braucht diese Unterscheidung übrigens nicht zum Ausdruck zu kommen. Denn wenn es heißt: „Beklagter ist schuldig, dem Kläger das Grundstück aufzulassen; dieses Urteil ist vorläufig vollstreckbar", so versteht sich von selbst, daß die vorläufige Vollstreckung sich nur auf die in der Auflassung liegende Eintragungsbewilligung in der Form einer Vormerkung beziehen kann. Und selbstverständlich ist auch, daß die Sicherheitsleistung, von der die vorläufige Vollstreckung meistens abhängig gemacht sein wird, schon zur Bewirkung der Vormerkung erforderlich ist; in diesem Fall erhält der Kläger zunächst die vollstreckbare Ausfertigung zur Bewirkung des Eintrags einer Vormerkung (§ 726 Abs. 1 C.P.O.). Die Eintragung der Vormerkung erfolgt aber erst, wenn er der Grundbuchbehörde die Sicher-

heitsleistung durch eine öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunde nachgewiesen hat und eine Abschrift dieser Urkunde bereits zugestellt ist oder gleichzeitig zugestellt wird (§ 751 Abs. 2 C.P.O.). Daß vor dem Antrag des Klägers auf Bewirkung einer Vermerkung das Urteil dem Beklagten zugestellt sein muß (§ 750 C.P.O.), bedarf nur der Erwähnung; diese Zustellung genügt auch zur Vollstreckung der Auflassung nach eingetretener Rechtskraft.

Bezüglich der vorläufigen Vollstreckung durch Bewirkung einer Vormerkung gemäß § 895 C.P.O. ist aber auf den § 717 Abs. 2 C.P.O. hinzuweisen, wonach der Kläger, wenn das vorläufig vollstreckbare Urteil hinterher aufgehoben oder abgeändert wird, ohne Rücksicht auf ein Verschulden dem Beklagten jeden Schaden zu ersetzen hat, der diesem durch die Vollstreckung des Urteils entstanden ist. Bei der dinglichen Wirkung der Vormerkung (§ 883 B.G.B.) kann dem Beklagten durch deren Bewirkung erheblicher Schaden erwachsen.

2. Nach § 433 B.G.B. ist der Verkäufer einer Sache auch verpflichtet, dem Käufer die Sache zu *übergeben*. Diese Verpflichtung hat eigentliche Bedeutung nur für den Verkauf von Grundstücken. Denn bei dem Verkauf von beweglichen Sachen ergiebt sich die Uebergabe schon aus der Verpflichtung zur Eigentumsverschaffung. Bei Grundstücken dagegen bildet nach B.G.B. die Besitzübertragung kein Erfordernis des Eigentumserwerbs; aber nach § 433 ist der Verkäufer neben der Verschaffung des Eigentums auf Antrag des Käufers auch zur Uebergabe zu verurteilen. Ist ein solches Urteil für vorläufig vollstreckbar erklärt, so erfolgt die zwangsweise Vollstreckung bezüglich der Uebergabe gemäß § 885 C.P.O., bei vorgeschriebener Sicherheitsleistung außerdem nach § 751 Abs. 2 C.P.O. Doch wird der Käufer im Hinblick auf § 717 Abs. 2 C.P.O. bei der vorläufigen Vollstreckung der Uebergabe noch mehr als bei der Bewirkung einer Vormerkung Grund haben, sich zu besinnen, ob er von seinem Recht Gebrauch machen will.

3. Einer besonderen Betrachtung bedarf der häufig vorkommende Fall, daß das Urteil gemäß § 322 B.G.B. lautet: „Der Beklagte ist schuldig, dem Kläger das Grundstück X. zu übergeben und aufzulassen gegen gleichzeitige Bezahlung des Kaufpreises (Zug um Zug). Dieses Urteil ist vorläufig vollstreckbar."

Hat der klagende Käufer seine volle Gegenleistung zu bewirken, schon um die Uebergabe des Besitzes auf Grund der vorläufigen Vollstreckbarkeit erzwingen zu können? Man wird diese Frage bejahen müssen; denn die Besitzübergabe läßt sich nicht als ein solcher Teil der Verkäufer-Verpflichtung betrachten, dem eine bestimmte Quote des Kaufpreises entspräche. Will der Käufer unter Leistung des ganzen Kaufpreises diesen Teil des Urteils vorläufig vollstrecken lassen, so richtet sich das Verfahren nach §§ 726 Abs. 2 und 756 C.P.O.; er erhält sofort die vollstreckbare Ausfertigung und die Prüfung, ob Leistung Zug um Zug vorliegt, liegt bei dem Vollstreckungsbeamten.

Wichtiger ist die weitere Frage: Hat auch der Antrag auf Eintragung einer Vormerkung gemäß § 895 C.P.O. zur Voraussetzung, daß der Kläger Zug um Zug seine Leistung bewirkt? Zwar spricht der Umstand, daß die bewirkte Vormerkung als nachfolgende definitive Eintragung gemäß § 883 B.G.B. für das vorgemerkte Recht eine dingliche, nachfolgende Rechtsänderungen ausschließende Wirkung hat, dafür, daß der Käufer, der eine solche Vormerkung erwirken will, seine eigene Leistung gleichzeitig zu bewirken hätte. Andererseits fällt aber wohl entscheidend ins Gewicht, daß der § 897 C.P.O. eine besondere Bestimmung über die Wirksamkeit der zwangsweisen Willenserklärung enthält, dagegen nicht der in nächster Beziehung zu ihm stehende § 895 C.P.O. Wenn die Eintragungsbewilligung (Auflassung) von einer Gegenleistung abhängig gemacht ist, so folgt daraus noch nicht, daß auch die Vormerkungsbewilligung, die sich von jener gerade durch ihren nur provisorischen Charakter unterscheidet, von dieser Gegenleistung sollte abhängig gemacht werden.

Der Verkäufer, der zur Auflassung gegen Leistung seinerseits Zug um Zug durch vorläufig vollstreckbares Urteil verpflichtet ist, kann daher auf Grund des § 895 C.P.O. die Vormerkung herbeiführen, ohne gleichzeitig seine Leistung bewirken zu müssen.

Dagegen hat die zwangsweise Vornahme der Auflassung nach § 874 Abs. 1 Satz 2 zur Voraussetzung, daß der klagende Käufer nach eingetretener Rechtskraft das Urteil dem Vorsitzenden des Gerichts durch öffentliche Urkunden die Bewirkung seiner Leistung, bezw. den Annahmeverzug des Beklagten nachweist, da ihm erst dann die vollstreckbare Ausfertigung zur Vornahme der Auflassung erteilt werden kann (§§ 726 Abs. 2, 730 C.P.O.).

IV. Urteile auf Uebertragung beweglicher Sachen.

1. Z. B. der Verkäufer ist verurteilt, dem klagenden Käufer das verkaufte Pferd ins Eigentum zu verschaffen.

Da die Eigentumsübertragung an beweglichen Sachen nach der Vorschrift des § 929 B.G.B. stets die Uebergabe der Sache als notwendigen Bestandteil voraussetzt, hat hier die Verpflichtung des Verkäufers zur Sachübergabe keine besondere Bedeutung. Der Klagantrag: den Beklagten zu verpflichten, das Pferd zu übergeben und dem Kläger ins Eigentum zu verschaffen, würde mit dem ersten Teil „das Pferd zu übergeben" etwas Ueberflüssiges und aus dem zweiten Teil sich von selbst Verstehendes enthalten.

Wie ist nun ein Urteil auf Eigentumsübertragung einer beweglichen Sache zu vollstrecken? Der Eigentumsverschaffungsakt besteht aus der körperlichen Uebergabe der Sache und der Einigung zwischen Kläger und Beklagtem, daß das Eigentum übergehen solle; wenn Kläger die Sache schon im Besitz hat, nur aus der Einigung (§ 929). Die Einigung ist nur nach § 894 C.P.O., also nicht vor eingetretener Rechtskraft vollstreckbar. Dagegen giebt § 897 C.P.O. bezüglich der zur Eigentumsübertragung an Mobilien gehörigen Sachübergabe folgende Bestimmung: Diese Sachübergabe wird dadurch

zwangsweise vollstreckt, daß der Gerichtsvollzieher die Sache zum Zweck der Ablieferung an den Gläubiger wegnimmt; mit diesem Akt der Wegnahme gilt die Uebergabe an den Gläubiger als erfolgt. Dies zur Beseitigung einer Kontroverse des bisherigen Rechts, ob schon die Wegnahme durch den Gerichtsvollzieher oder erst die Aushändigung an den Gläubiger als Uebergabe zu gelten habe.

Aus dieser besonderen Vollstreckbarkeit der Sachübergabe folgt aber weiter, daß insoweit auch das Urteil für vorläufig vollstreckbar erklärt werden kann. Dann darf der Kläger auf Grund des vorläufig vollstreckbaren Urteils die Uebergabe der Sache erwirken, während der Eigentumsübergang sich erst mit dem Eintritt der Rechtskraft ohne weitere Formalitäten vollzieht.

Dieses Auseinandergehen der Vollstreckbarkeit wird indessen keinen Grund bilden, die Uebergabe der Sache im Urteil besonders auszusprechen. Denn die Fassung „der Beklagte ist verpflichtet, das Pferd zu übergeben und sich mit dem Kläger über den Eigentumsübergang zu einigen" wäre doch zu umständlich und schwerfällig. Auch die Rücksicht auf den Gerichtsvollzieher macht diese Fassung nicht nötig; lautet ein vorläufig vollstreckbares Urteil schlechthin auf Eigentumsübertragung einer beweglichen Sache, so wird jeder Gerichtsvollzieher ohne Bedenken die Wegnahme gemäß § 897 Abs. 1 C.P.O. vornehmen und weiteres kann er nicht thun. Daß der Eigentumsübergang nicht vorläufig vollstreckbar ist, ergiebt sich aus § 894 C.P.O. von selbst.

Bis zu diesem Eigentumserwerb ist die weggenommene Sache für den Käufer eine fremde: jedoch darf er nach § 446 B.G.B. die Nutzungen aus ihr beziehen, wie er andererseits auch deren Lasten, insbesondere auch die Gefahr des Untergangs zu tragen hat. Wird das vorläufig vollstreckte Urteil nachher aufgehoben, so haftet der Käufer nach § 717 Abs. 2 C.P.O.

Ist die zu übergebende verkaufte Sache nicht im Besitz des Verkäufers, sondern eines Dritten, sei es sogen. Besitz-

halters im Sinn des § 868 B.G.B. oder sonstigen Besitzers, so vollzieht sich die Vollstreckung der zur Eigentumsverschaffung gehörigen Besitzübergabe dadurch, daß der Käufer sich den Anspruch des Verkäufers auf Herausgabe pfänden und überweisen läßt (§ 886 C.P.O. vgl. mit § 931 B.G.B.).

2. Sobald die Willenserklärung (Einigung) auf Grund des § 897 C.P.O. herbeigeführt ist, hat der Käufer an der verkauften Sache das Eigentum erworben, auch wenn der Verkäufer nicht Eigentümer war (§ 898 C.P.O.); er wird jedoch nicht Eigentümer, wenn er spätestens bei Eintritt der Rechtskraft des Urteils (§ 932 Abs. 1 B.G.B. „zu der Zeit, zu der er das Eigentum erwerben würde") nicht in gutem Glauben, d. h. wenn ihm bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt war, daß die Sache nicht dem Verkäufer gehörte; ferner wenn die Sache dem wahren Eigentümer gestohlen worden, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen war (§§ 932, 935 B.G.B.).

3. Auch bei dem Verkauf beweglicher Sachen ist der Fall der Verurteilung zur Leistung Zug um Zug durch vorl. vollstreckbares Urteil besonders hervorzuheben. Wenn ein Urteil erging: „Der Beklagte ist schuldig, gegen Empfang des Kaufpreises von 300 Mk. Zug um Zug das verkaufte Pferd dem Kläger zu übereignen, dieses Urteil ist vorläufig vollstreckbar", ist dann die vorläufige Vollstreckung der Uebergabe des Pferds gemäß § 897 Abs. 1 C.P.O. bedingt durch die gleichzeitige Leistung des klagenden Käufers?

Nach § 440 Abs. 1 vgl. mit § 320 B.G.B. hat der Käufer einer Sache, so lange der Verkäufer ihm nicht das volle Eigentum an der Sache verschafft hat, das Recht, die ganze Gegenleistung zu verweigern, mag ihm auch die Sache selbst schon übergeben sein. Denn die bloße Sachübergabe ohne Eigentumsübertragung enthält keine Erfüllung. Darf man nun daraus ohne weiteres folgern, der Käufer dürfe sich auf Grund des § 897 C.P.O. zwangsweise in den Besitz der Sache setzen, ohne seinerseits Zug um Zug zu leisten, und er habe dies erst zu thun, wenn es sich um die Eigen-

tumsverschaffung auf Grund des § 894 C.P.O. handelt?

Gegenüber steht doch das gleichberechtigte Interesse des Verkäufers, der auch in keiner Beziehung zu leisten braucht, ehe ihm die Gegenleistung gemacht wird und zur Erfüllung des Verkäufers gehört als ein Teil die Sachübergabe. Diese läßt sich natürlich weder gegen die Eigentumsverschaffung so abschätzen, daß das Verhältnis in einer Quote des Kaufpreises zum Ausdruck käme, noch kann die Eigentumsverschaffung gegenüber der Sachübergabe als ein verhältnismäßig geringfügiger Teil der Gesamtleistung des Verkäufers im Sinne des § 320 Abs. 2 B.G.B. angesehen werden.

Wenn man erwägt, welch' einschneidende Bedeutung schon der Sachübergabe ohne Eigentumsverschaffung zukommt — der Besitzer hat die Nutzungen der Sache, er kann sie insbesondere nach § 932 B.G.B. weiterveräußern — wenn man ferner auf den umgekehrten Fall hinsieht, daß der Käufer zur Zahlung des Kaufpreises gegen Uebergabe der Sache Zug um Zug verpflichtet ist, wo es doch niemand einfällt, die Vollstreckung nach § 815 C.P.O. ohne gleichzeitige Leistung des Verkäufers zuzulassen, so kann wohl kein Zweifel sein, daß der Käufer, der auf Grund eines vorläufig vollstreckbaren Urteils, das den Verkäufer zur Leistung nur gegen Empfang des Kaufpreises verpflichtet, diese Gegenleistung ganz zu bewirken hat, wenn er die Vollstreckung der Sachübergabe nach § 897 Abs. 1 C.P.O. betreiben will und zwar selbst dann, wenn die vorläufige Vollstreckung im Urteil von einer Sicherheitsleistung abhängig gemacht ist.

Die Vollstreckung vollzieht sich dann in Gemäßheit der §§ 726 Abs. 2, 756 C.P.O., wonach die Prüfung, ob die Gegenleistung seitens des Gläubigers bewirkt ist, nicht schon vor Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung, sondern erst durch den Gerichtsvollzieher stattzufinden hat.

Der Eigentumserwerb der weggenommenen Sache tritt für den Käufer erst ein, wenn die zur Einigung gehörige Willenserklärung des Verkäufers gemäß § 894 C.P.O. als abgegeben gilt. Das ist an sich der Fall sofort nach ein-

getretener Rechtskraft des Urteils. Es fragt sich aber, ob die Vorschrift des § 894 Abs. 1 Satz 2 C.P.O. auch Anwendung findet, wenn der Gläubiger die Gegenleistung schon vorher, nämlich behufs Vollstreckung der Sachübergabe bewirkt hat, ob er also auch dann noch eine besondere vollstreckbare Ausfertigung des Urteils zu erwirken hat, wobei allerdings der Beweis der bewirkten Gegenleistung durch das Protokoll des Gerichtsvollziehers erbracht wäre (vgl. § 765 C.P.O.), oder ob man sagen kann, die Willenserklärung ist gar nicht mehr von der Gegenleistung abhängig, wenn diese schon gemacht ist, sie gilt daher als abgegeben mit der Thatsache der Rechtskraft des Urteils. Schon die Umständlichkeit des ersteren Verfahrens — zwei vollstreckbare Ausfertigungen, die sich auf verschiedene Teile des Urteils beziehen — wird ein genügender Grund sein, dem zweiten den Vorzug zu geben.

Muß die Uebergabe der Sache gegen Leistung des Käufers Zug um Zug dadurch vollstreckt werden, daß der Anspruch auf Herausgabe gegen den dritten Besitzer gepfändet wird, so darf das Vollstreckungsgericht nach § 765 C.P.O. diese Pfändung nur dann verfügen, wenn der Beweis, daß der Schuldner befriedigt oder im Verzug der Annahme ist, durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden geführt wird und eine Abschrift dieser Urkunde bereits zugestellt ist.

Um seine Gegenleistung bis zur vollständigen Eigentumsverschaffung in der Hand zu behalten und namentlich, um einer Schadensersatzpflicht aus § 717 Abs. 2 C.P.O. zu entgehen, wird der Käufer mit der Vollstreckung eines auf Uebereignung beweglicher Sachen gegen Leistung Zug um Zug lautenden Urteils den Eintritt der Rechtskraft des Urteils abwarten. Er hat dann wieder die Wahl, ob er zuerst die Vollstreckung aus § 894 C.P.O. betreiben will oder diejenige der Sachübergabe aus § 897 Abs. 1. Im ersten Fall hat er sich eine vollstreckbare Ausfertigung zu beschaffen, die er auf Anweisung des Vorsitzenden bekommt (§§ 894 Abs. 1 Satz 2, 726, 730 C.P.O.), wenn er die Bewirkung

seiner Leistung durch öffentliche Urkunden nachgewiesen hat und dann die Vollstreckung gemäß § 897 C.P.O. vornehmen zu lassen, die ihn zum Eigentümer macht. Auf diesem Weg läuft der Käufer aber die Gefahr, daß er zwar seine Leistung bewirkt hat, aber vom Schuldner die gekaufte Sache gar nicht mehr zu erhalten und bei dessen Insolvenz auch die gemachte Gegenleistung verloren ist. Er wird es daher vorziehen, zuerst die Sachübergabe aus § 897 C.P.O. vollstrecken zu lassen gegen Angebot seiner Leistung, womit sich dann auf Grund des rechtskräftigen Urteils sofort auch der Eigentumsübergang vollzieht.

V. Der Käufer ist wie bisher in erster Linie zu verurteilen, den vereinbarten Kaufpreis an den Verkäufer zu bezahlen (§ 433 II B.G.B.).

Schon nach röm. Recht war der Käufer verpflichtet, dem Verkäufer an dem zu bezahlenden Gelde das Eigentum zu verschaffen (fr. 11 § 2 de act. e. v. 19, 1: Emtor autem nummos venditoris facere cogitur). Nach dem Standpunkt des B.G.B. muß sich diese Pflicht zur Eigentumsverschaffung von selbst verstehen.

Der Eigentumserwerb an Geld vollzieht sich in denselben Formen wie bei anderen beweglichen Sachen, nämlich nach § 929 B.G.B. Doch ist bei der Zahlung mit Geld, das dem Zahlenden nicht gehörte, die Möglichkeit, daß der Empfänger das Eigentum nicht erwirbt, noch mehr eingeschränkt, als bei der Uebergabe anderer beweglicher Sachen. Denn nach § 935 Abs. 2 B.G.B. erwirbt der Empfänger auch dann das Eigentum des fremden Geldes, wenn dieses dem Eigentümer gestohlen worden, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen war. Der Eigentumserwerb ist nur ausgeschlossen, wenn der Empfänger nicht in gutem Glauben war (§ 932 Abs. 2 B.G.B.). Dazu kommt der Fall, daß dem Zahlenden die Geschäftsfähigkeit fehlte.

Hiernach ist es zwar möglich, wird aber selten vorkommen, daß bei freiwilliger Zahlung von Geld der Empfänger das Eigentum nicht erwirbt, für den Zahlenden daher keine

Erfüllung vorliegt.

Wenn die Vollstreckung einer Kaufpreisschuld dadurch erfolgt, daß der Gerichtsvollzieher die betreffende Summe dem Schuldner wegnimmt, so kann sich der Eigentumserwerb des Gläubigers an dem Geld, mag es dem Schuldner gehören oder nicht, erst vollziehen durch die außer der Besitzverschaffung weiter erforderliche Einigung, also erst mit der Rechtskraft des Urteils.

Nun bestimmt aber für die zwangsweise Wegnahme von Geld der § 815 Abs. 3 C.P.O., daß die Wirkung der Zahlung schon eintritt mit der Wegnahme des Geldes durch den Gerichtsvollzieher. Gaupp (Commentar zu § 716 der alten C.P.O. III Z. 2) behauptet, daß hienach mit der Wegnahme nicht bloß die Gefahr, sondern immer schon das Eigentum an dem Geld auf den Gläubiger übergehe. Diese Auslegung geht über den Wortlaut des Gesetzes hinaus, denn es heißt nicht, die Wegnahme gilt als Eigentumsübergang, sondern gilt als Zahlung. Das Wort Zahlung bedeutet Erfüllung von Geldschulden (vgl. § 244 B.G.B.), steht also in genauer Beziehung zur Lösung eines Schuldverhältnisses und hat als juristischer Begriff nichts mit dem Eigentumserwerb zu schaffen. Die Bestimmung des § 815 Abs. 3 hat ihre volle Bedeutung schon dann, wenn man darunter versteht, daß der Schuldner mit der Wegnahme des Geldes durch den Gerichtsvollzieher seine Verpflichtung erfüllt hat, liberiert ist, ohne Rücksicht darauf, ob der Gläubiger das Geld überhaupt erhielt und ob und wann das Eigentum an dem Geld auf den Gläubiger überging. Der § 815 Abs. 3 bildet auch so einen Eingriff in das materielle Recht, sofern der Käufer von seiner Pflicht zur Eigentumsübertragung an dem Geld bei der zwangsweisen Vollstreckung schon mit der Wegnahme des Geldes durch den Gerichtsvollzieher frei wird, also ehe er dem Gläubiger das Eigentum verschafft hat.

Nur dann, wenn an dem Geld ein die Veräußerung hinderndes Recht eines Dritten besteht, also insbesondere das

gepfändete Geld gar nicht dem Exequenden gehörte, tritt die Befreiung des letzteren von der Schuld mit der Wegnahme durch den Gerichtsvollzieher nicht ein (Gaupp l. c.). Hat der dritte Prätendent sein Recht dem Gerichtsvollzieher glaubhaft gemacht, so ist das Geld zu hinterlegen; wenn aber der Dritte nicht binnen zwei Wochen nach erfolgter Pfändung und Geltendmachung seines Rechts eine Entscheidung des Gerichts über die Einstellung der Zwangsvollstreckung beibringt, hat der Gerichtsvollzieher mit dieser fortzufahren, d. h. das Geld an den Gläubiger abzuliefern.

Hat der dritte Prätendent die zweiwöchige Frist verstreichen lassen und der Gerichtsvollzieher das fremde Geld dem Gläubiger abgeliefert, so fragt sich, ob in dem passiven Verhalten des dritten Eigentümers die Zustimmung zu erblicken ist, daß der Gläubiger das Geld zur Tilgung seiner Forderung verwendet; dann würde nicht bloß eine giltige Zahlung vorliegen (§ 267 B.G.B.), sondern auch ein wirklicher Eigentumserwerb des Gläubigers auf Grund vollzogener Einigung. Indessen wird man aus dieser rein prozessualen Vorschrift der Fortsetzung der Zwangsvollstreckung keinen materiellen Verfügungsakt des dritten Berechtigten entnehmen dürfen; die Folge ist nur, daß der Dritte, da die Zwangsvollstreckung mit der Ablieferung des Geldes beendet ist, eine Klage aus § 771 C.P.O. nicht mehr erheben kann.

Dagegen kommt für den Fall, daß der Gläubiger oder der von ihm beauftragte Gerichtsvollzieher (vgl. E. des Reichsger. Band 39 S. 160) weiß, daß ein Dritter Eigentumsrechte an dem gepfändeten Geld hat, in Betracht, ob nicht der Gläubiger an dem abgelieferten Geld durch *Vermischung* mit eigenem Eigentum erwirbt. Der Eigentumserwerb an Geld durch Vermischung untersteht den §§ 947, 948 B.G.B. Erste Voraussetzung ist, daß die Geldstücke mit den eigenen *untrennbar* vermischt sind; bleiben sie noch individuell erkennbar, (z. B. es würde mit den jetzt seltenen halben Kronen bezahlt) so findet Vindikation statt und liegt daher keine Erfüllung seitens des Exequenden vor.

Andernfalls wird der bisherige Eigentümer Miteigentümer der vermischten Geldmenge nach Verhältnis des eingemengten Betrags und auch dann hat der Schuldner seine Verpflichtung nicht erfüllt. Nur wenn die Geldmenge, zu welcher die gepfändeten Geldstücke vermischt wurden, gar kein abgegrenztes Ganze darstellt, kann auch von Vindikation nicht die Rede sein und der Gläubiger ist Alleineigentümer geworden. Dagegen liegen nun die Voraussetzungen eines Bereicherungsanspruchs des Dritten gegen den Gläubiger gemäß § 812 B.G.B. vor, ebenso wenn der Gläubiger das gepfändete Geld durch Weiterveräußerung an einen gutgläubigen Dritten dem bisherigen Eigentümer entzogen hätte (§ 816 B.G.B.). Aber auch in diesen Fällen hat der beklagte Käufer *nicht erfüllt*, weil seiner Leistung an den Verkäufer wieder ein Ersatzanspruch des dritten Berechtigten gegen letzteren gegenübersteht. Denn wie schon im röm. Recht (fr. 61 de sol. 46, 3 nec quod solutum est repeti possit und fr. 97 pr. de solut. 46, 3) gilt auch für das B.G.B. der Satz, daß eine Leistung des Schuldners, die wieder vindiziert oder kondiziert werden kann, keine Erfüllung enthält[1]).

Da nun gerade in dem Fall, wo der Eigentumserwerb an gepfändetem fremdem Geld sich nur durch Vermischung vollziehen kann, nämlich wo der Gläubiger nicht in gutem Glauben war, trotz des Eigentumsübergangs die Wirkung der *Erfüllung* der Kaufpreisschuld nicht eintritt (der

1) Auf diese Weise kann es aber vorkommen, daß der Schuldner, obwohl er nicht erfüllt hat, doch gemäß §§ 754, 757 C.P.O. vom Gerichtsvollzieher die vollstreckbare Ausfertigung nebst Quittung ausgeliefert erhält. Wie hat dann der Gläubiger (Verkäufer) eine neue Vollstreckung zu betreiben? Eine zweite vollstreckbare Ausfertigung auf Grund des § 733 C.P.O. wird er nicht erhalten, denn sein Anspruch auf wiederholte Vollstreckung ist ein rein materieller; vergl. *Gaupp* Komm. zu § 669 der alten C.P.O. Anm. 1. Der Gläubiger muß von neuem klagen; wenn der Schuldner die vollstreckbare Ausfertigung noch hat, wird das Petitum am einfachsten dahin gehen, er habe die vollstreckbare Ausfertigung herauszugeben und die Unwirksamkeit der Quittung anzuerkennen, worauf mit derselben vollstreckbaren Ausfertigung von neuem die Zwangsvollstreckung betrieben werden kann.

umgekehrte Fall des § 815 Abſ. 3 C.P.O., wo Erfüllung ohne Eigentumserwerb vorliegt), ſo bleibt der Eigentumserwerb durch Vermiſchung als Erfüllungsmodus der Geldſchuld des Käufers ganz außer Betracht.

VI. Der Käufer iſt auf Antrag des Verkäufers auch zu verurteilen, die verkaufte Sache abzunehmen (§ 433 Abſ. 2 B.G.B.). Dieſe Abnahme iſt eine Handlung des Käufers, die auch durch einen Dritten vorgenommen werden kann, daher nach § 887 C.P.O. vollſtreckbar.

Dem Verkäufer ſteht aber noch ein anderer Weg offen, ſobald der Käufer mit der Annahme der Sache im Verzug iſt. Iſt ein Grundſtück verkauft, ſo kann er nach vorgängiger Androhung deſſen Beſitz aufgeben (§ 303 B.G.B.): Bei beweglichen Sachen ſteht ihm, wenn die Vorausſetzungen des § 372 B.G.B. (Geld, Wertpapiere, Koſtbarkeiten) vorliegen, das Recht der Hinterlegung (vgl. auch württ. A.G. Art. 143 ff.) bei andern Sachen auch das Recht der Verſteigerung nach § 383 B.G.B. zu (ſiehe auch H.G.B. § 373).

In den Kommiſſionsprotokollen (II S. 53) wird ausgeführt, daß die Beſtimmungen über den Annahmeverzug für die Intereſſen des Käufers nicht immer ausreichen, da eine Hinterlegung der Sache in vielen Fällen aus rechtlichen oder thatſächlichen Gründen nicht möglich, immer aber mit Koſten für den Verkäufer verknüpft ſei; daß ferner die Verkaufsſelbſthilfe, die auch Mühen, Weiterungen und Koſten für den Verkäufer mit ſich bringe, letzteren haftbar mache, wenn die Vorausſetzungen fehlen und überdies nicht zum Ziele führe, falls ſich kein zweiter Käufer finde oder auch dieſer die Abnahme nicht bewerkſtellige. Daraus ergebe ſich die Statuierung einer beſonderen Verpflichtung des Käufers zur Abnahme der Sache, die letztere beſtehe in der thatſächlichen Wegnahme der Sache im Gegenſatz zum juriſtiſchen Akt der Uebergabe.

Daß die Abnahmepflicht keine Genehmigungserklärung des Käufers enthalte, iſt ſchon nach bisherigem Handelsrecht (cfr. Staub zu Art. 343 § 1 und zu Art. 346 § 1) gegen-

über gelegentlichen Aeußerungen des Reichsgerichts (Entsch. Band 32 S. 405) hervorgehoben worden.

Der Verkäufer hat die freie Wahl, ob er zutreffendenfalls von dem Recht der Hinterlegung oder des Selbsthilfeverkaufs Gebrauch machen oder die Vollstreckung der Abnahme gemäß § 887 C.P.O. betreiben will; die erstgenannten Befugnisse setzen nicht, wie letztere einen Vollstreckungstitel voraus. Die Frage, in welcher Weise die Verurteilung des Käufers, die gekaufte Sache abzunehmen, vollstreckt wird, hängt davon ab, was man unter „Abnahme" zu verstehen hat.

Wäre Abnahme gleich bedeutend mit Annahme, würde also eine Anerkennung der Vertragsmäßigkeit der gekauften Sache in sich schließen, so müßte allerdings die Vollstreckbarkeit der Abnahme nach § 887 C.P.O. mit d. Entsch. in Seuff. Arch. Band 50 No. 141 verneint werden, weil die Entscheidung über die Annahmefähigkeit der Sache im Sinne der Vertragsmäßigkeit nicht einem Dritten überlassen, sondern nur von dem Käufer selbst getroffen werden kann.

Allein nach den Ausführungen der Komissionsprotokolle (Band II S. 53; die Motive zum I. Entw. Band II S. 317 bis 318 sprechen sich nicht näher darüber aus) entspricht der Terminus Abnahme in § 433 Abs. 2 wie an andern Stellen z. B. § 448 dem aus Art. 351 H.G.B. herübergenommenen technischen Begriff der *thatsächlichen Wegnahme* im Gegensatz zum juristischen Akte der „Uebergabe".

Hienach ist es wohl denkbar, daß der Käufer die Abnahme vornimmt, ohne damit die Annahme der Sache erklärt zu haben, z. B. er läßt das im Wald des Verkäufers liegende gekaufte Holz durch einen Lohnfuhrmann abführen, oder ein gekauftes Pferd aus dem Stall des Verkäufers durch einen Knecht abholen. In beiden Fällen hat der Käufer seiner Abnahmepflicht genügt, ohne eine Erklärung über die Vertragsmäßigkeit der gekauften Sache abgegeben zu haben.

Es wird daher nichts im Wege stehen, die Verurteilung zur Abnahme in der Weise vollstrecken zu lassen, daß der Verkäufer auf Kosten des Käufers gemäß § 887 C.P.O.

die verkaufte Sache durch einen sich bereit findenden Dritten, wegschaffen läßt. Man denke sich den Fall: A. hat an B. ein Pferd verkauft und, da er den Platz in seinem Stall notwendig braucht, gegen B., der den Kaufpreis bezahlt oder durch Aufrechnung getilgt hat, ein vorläufig vollstreckbares Urteil auf Abnahme des Pferdes erwirkt. Zur Verkaufsselbsthilfe (§ 383) will er, solange das Urteil nicht rechtskräftig ist, im Hinblick auf seine Haftung aus § 717 C.P.O. nicht greifen, dagegen ist ein Dritter bereit, das Pferd in Fütterung zu nehmen. Wird der Verkäufer gemäß § 887 C.P.O. ermächtigt, von diesem Dritten das Pferd abnehmen zu lassen[1]), so hat er seinen Zweck erreicht; nach Eintritt der Rechtskraft des Urteils mag er ohne weiteres Risiko den Verkauf gemäß § 383 B.G.B. vornehmen lassen.

Freilich hat der Verkäufer insofern ein Interesse daran, daß der Käufer selbst und nicht ein beliebiger Dritter ohne Auftrag die gekaufte Sache abnehme, als der Abnahmeakt zusammenfällt mit dem Akt der Erfüllung seitens des Verkäufers und letzterem durch die von einem Dritten bewirkte Abnahme die Erfüllung seiner Verpflichtung durch Uebergabe der Sache unmöglich gemacht werden kann. Wer ein Pferd verkauft und gegen den Käufer die Verpflichtung auf Abnahme gemäß § 887 C.P.O. hat vollstrecken lassen, ist zwar das Pferd los, aber er läuft Gefahr, nun seinerseits vom Käufer auf Uebergabe des Pferdes verklagt zu werden, ohne hiezu im Stande zu sein. Wenn auch durch die Klage auf Abnahme des Pferdes gegen den Käufer ein Abnahmeverzug begründet wurde, so kann doch der Verkäufer dem Verlangen des Käufers auf Uebergabe der Sache nicht damit begegnen, daß er ihn an den Dritten verweist, der das Pferd abgenommen hat; denn die Verwahrung bei dem Dritten ist nach dem

1) Es wird sich fragen, ob die Abnahme des Pferds durch den Dritten die Abnahme durch den Käufer ersetzen kann, ob überhaupt die Abnahme der gekauften Sache seitens des Käufers eine Handlung ist, deren Vornahme durch einen Dritten erfolgen kann. — Anm. d. Red.

B.G.B. keine durch den Annahmeverzug des Käufers gerechtfertigte Verfügung.

Allein das alles betrifft das Interesse des Verkäufers; wenn er trotzdem die Verpflichtung auf Grund des § 887 C.P.O. vollstrecken lassen will, so wird der Käufer von seinem Standpunkt aus nichts dagegen einwenden können.

Anderseits kann der Verkäufer sagen: eben weil mir durch die Vollstreckung aus § 887 C.P.O. nicht gedient ist, muß mir zur Erzwingung der Abnahme eine andere Vollstreckungsmaßregel, und als solche bleibt nur die des § 888 C.P.O. übrig, zur Verfügung stehen. Es entsteht die Frage, ob dem Verkäufer beide Vollstreckungsmöglichkeiten aus § 887 und § 888 C.P.O. offen stehen. Nach der Fassung des Gesetzes ist anzunehmen, daß der eine Fall den andern ausschließt; denn die vorzunehmende Handlung ist entweder eine solche, dies durch einen Dritten vorgenommenen oder eine solche, die nicht von einem Dritten vorgenommen werden kann.

Die Abnahme der Verpflichtung des Käufers ist weiter nichts als Wegnahme und als solche zweifellos eine Handlung im Sinn des § 887 C.P.O. Das vom Standpunkt des Verkäufers aus entstehende Dilemma ändert an der Qualität dieser von dem Standpunkt des Käufers als Schuldners aus zu betrachtenden Handlung nichts.

VII. Endlich bietet auch der Fall, daß der Käufer zur Bezahlung des Kaufpreises gegen Empfang der Ware Zug um Zug verurteilt ist, Anlaß zu einer besonderen Betrachtung. Nach § 756 C.P.O. darf der Gerichtsvollzieher die Vollstreckung gegen den Käufer erst beginnen, wenn diesem die Leistung des Schuldners in einer den Verzug der Annahme begründenden Weise angeboten ist. Wann liegt ein den Annahmeverzug begründendes Angebot vor? Selbstverständlich, wenn die Sache realiter angeboten wird (§ 294 B.G.B.). Aber dazu ist der Verkäufer in der Regel nicht verpflichtet. Sind nämlich bewegliche Sachen verkauft, z. B. ein Pferd, das im Stalle des Verkäufers steht, oder Holz,

das in dessen Walde liegt, so hat der Käufer die gekaufte Sache im Zweifelfall bei dem Verkäufer abzuholen (Endemann, Lehrbuch des Bürg. Rechts I § 134 Z. 3 und § 160 Z. 4). Es liegen daher die Voraussetzungen des § 295 B.G.B. vor, wonach zum Annahmeverzug des Käufers ein wörtliches Angebot genügt.

Weigert der Käufer die Annahme der Sache mit der Begründung, daß sie wegen Mängel nicht empfangsfähig sei, so ist dies eine materielle Einrede, die den Verzug nicht ausschließt, sondern nach § 767 C.P.O. zu behandeln ist[1]). Würde er dagegen bestreiten, daß er im konkreten Fall die gekaufte Sache abzuholen habe oder daß der Ort, wo sie sich befindet, der richtige Erfüllungsort sei, so wären dies Einwendungen gegen die Art und Weise der Vollstreckung im Sinne des § 766 C.P.O.[2]) Ist der Käufer zur Annahme bereit, so kommt er trotzdem in Verzug, wenn er nicht gleichzeitig den Kaufpreis anbietet, § 298 ferner § 274 Abs. 2 vgl. mit § 322 Abs. 3 B.G.B.

Hat der Käufer gemäß § 447 B.G.B. den Verkäufer beauftragt, die verkaufte Sache ihm vom Erfüllungsort zu übersenden, so ist die Sache damit noch nicht angenommen und der Käufer kann immer noch in Annahmeverzug kommen z. B. wenn er sich weigert, die Ware vom Frachtführer in Empfang zu nehmen.

Andererseits darf der Gerichtsvollzieher die Zwangsvollstreckung gemäß § 756 C.P.O. noch nicht beginnen, wenn er bloß den Nachweis in Händen hat, daß der Käufer die Sache einem Frachtführer oder Spediteur übergeben hat; denn nachdem der Verkäufer den Auftrag des Käufers zur Versendung vom Erfüllungsort angenommen hat, kann er ihm hier die Sache auch nicht mehr wörtlich anbieten, sondern nur noch an dem Ort, wo die wirkliche Ablieferung stattzufinden hat.

1) Gaupp Komm. zu § 664 A. 8.

2) Denn hier handelt es sich nur um die Frage des Beginns der Zw.

Wenn dagegen der Käufer die gekaufte Sache in Empfang genommen, sie jedoch sofort wieder zurückgesandt hat, so sind die Voraussetzungen des § 756 C.P.O. gegeben und das Urteil vollstreckbar (vgl. E. des R.G. Band 43 S. 44). Der Käufer muß seine Rechte gemäß § 767 C.P.O. geltend machen.

Litterarische Anzeigen.

Die Veränderungen unseres Privatrechts durch das B.G.B. Von L.G.-Präsident a. D. Dr. v. Laug und **Supplement** hiezu (enthaltend die Uebergangsbestimmungen).

Die erstgenannte Schrift des bekannten und geschätzten Verfassers stellt in übersichtlicher, klarer und leicht verständlicher Weise die Veränderungen zusammen, die das württ. Privatrecht durch das B.G.B. erfahren hat, indem bei jeder Lehre zunächst der bisherige Rechtszustand und sodann der vom 1. Januar 1900 an geltende kurz dargestellt wird. Das Werk, das nach seiner Anlage und Darstellungsart auch für Nichtjuristen bestimmt und geeignet ist, empfiehlt sich dem Praktiker, namentlich demjenigen, der erst nach dem 1. Januar 1900 in die Praxis eingetreten ist und sich in seinem Studium mehr mit dem neuen als dem alten Recht beschäftigt hat, zu rascher Orientierung. Die absichtliche Knappheit der Darstellung führt bisweilen zu Ungenauigkeiten (z. B. heißt es S. 145: „Wollen die Ehegatten eine andere Art des ehelichen Güterrechts" als das gesetzliche „festsetzen, so haben sie die Wahl unter folgenden: 1) die allgemeine Gütergemeinschaft, 2) die Fahrnisgemeinschaft, 3) die Errungenschaftsgemeinschaft, 4) die Gütertrennung. Andere Arten von Güterrechten z. B. nicht mehr geltende oder ausländische **dürfen gar nicht gewählt werden**": das ist nicht ganz richtig: es ist den Eheleuten nicht verwehrt, ihren Güterstand nach Maßgabe des **Inhalts** eines fremden oder nicht mehr geltenden Rechts zu regeln, soweit nicht etwa die allgemeinen Grundsätze des B.G.B. entgegenstehen, nur kann dies nicht durch einfache **Bezugnahme auf dieses fremde oder nicht mehr geltende Recht** geschehen § 1433 Abs. 1 B.G.B.); die Eheleute können ferner ein selbsterfonnenes Güterrecht wählen, insbesondere aber einzelne Bestimmungen der im B.G.B. geregelten Güterrechte ausschließen, abändern oder ergänzen und drgl.). Aber das Werk will und soll eine eingehende Prüfung des Inhalts des B.G.B. nicht ersetzen, sondern — wie bemerkt — nur einen **Ueberblick** über die **wesentlichen** Unterschiede des alten und neuen Rechts gewähren und **diesen** Zweck erfüllt es. In dem **Supplement** werden zunächst die Folgen des Grundsatzes, daß neue Gesetze regelmäßig nicht

zurückwirken, systematisch dargestellt und sodann der Inhalt der einschlägigen Artikel des Einführungsgesetzes, soweit er von allgemeinerem Interesse ist, unter Hinweis auf die entsprechenden Bestimmungen des württ. Ausführungsgesetzes und zum Teil mit kurzen Bemerkungen wiedergegeben, die manchen für die Praxis wertvollen Wink, aber auch — der Natur der Sache nach — manchen zu beanstandenden Satz enthalten (vergl. z. B. zu dem Satz, daß bezüglich der in einen „Verein" alten Rechts neu eintretenden Mitglieder und der künftigen Beiträge das neue Recht gelte, Habicht: die Einwirkung u. s. w. 2. Aufl. § 13 II, 2, b Note 2 S. 123). Pf.

Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) in Tübingen und Leipzig.

System
des
Deutschen Bürgerlichen Rechts.

Von
Dr. **Carl Crome,**
ord. Professor an der Universität Bonn.

Erster Band:
Einleitung und Allgemeiner Teil.

8. Mit Quellen- und Sachregister. M. 11.50, gebunden M. 13.75.

Das Werk ist für den Rechtsunterricht und die Rechtspflege in gleicher Weise bestimmt. Es berücksichtigt umfassend die Litteratur, steht überall auf der Höhe der neuesten Rechtswissenschaft und bringt alle behandelten Materien dadurch, daß es sie selbständig von innen heraus entwickelt, dem Verständnis des Lesers nahe. Darin beruht sein Hauptvorzug für das Studium. Die Studierenden werden hauptsächlich im Text des Handbuchs einen Führer finden, der sie in leichtester Weise in den Zusammenhang nicht nur des neuen bürgerlichen Rechts, sondern des Privatrechts überhaupt einführt, — besser als dies durch andere Werke, die sich ausschließlich an das Gedächtnis wenden, geschehen könnte. Denn der Weg der Rechtskunde geht durch das Verständnis hindurch. Das einmal Verstandene kann man nicht mehr vergessen. Dem Praktiker insbesondere wird dann der Text mitsamt den Anmerkungen einen zuverlässigen und, wegen der steten Bezugnahme auf das bisherige Recht, bald vertrauten Führer bilden. Das Werk vertritt in hervorragender Weise alle modernen Lebens- und Verkehrsinteressen und wird besonders in dieser Hinsicht eine sehr bedeutende, wenn nicht einzige Stellung einnehmen. Es ist durch die Lebendigkeit der Darstellung geeignet, wissenschaftliche Vorträge zu ersetzen. Die vielen Beispiele namentlich aus dem modernen Leben tragen zum Verständnis wesentlich bei. Es wird schwerlich ein Werk geben, das geeigneter ist, in das volle Verständnis des gesamten neuen deutschen bürgerlichen Rechts einzuführen. Gegenüber den Commentaren bietet es für die Praktiker den Vorteil, daß sie alles in wissenschaftlichem Zusammenhang finden, in klarer faßlicher Sprache und in großer Vollständigkeit. Ein ausführliches Gesetzesregister setzt jeden in den Stand, rasch aufzufinden, was er zur Erklärung des BGB. und der weiteren Gesetze sucht. Es ist daher nicht daran zu zweifeln, daß das Werk auch für die Praktiker von großem Nutzen sein wird.

Das Erscheinen der weiteren vier Bände hofft der Verfasser in nicht langer Zeit versprechen zu können.

I.

Entscheidungen des Oberlandesgerichts.

A. in Civilsachen.

34.

Gebrauchsmusterschutz für Maschinen?

Der Klägerin ist am 11. Dezember 1893 das Gebrauchsmuster Nr. 32647 eingetragen worden, dessen Titel lautet: „Tafelscheere zum Zerlegen beliebig großer Tafeln mit Vorrichtung zum Schneiden von Winkeleisen und Lochen." Der „Schutzanspruch" der Klägerin war dahin gefaßt: „Eine Tafelscheere zum Zerschneiden beliebig breiter Blechtafeln, sowie zum gleichzeitigen Zerschneiden von Winkeleisen und Lochen, gekennzeichnet durch die Anordnung der Kröpfung a b an den Rahmen A, sowie der Stöpsel C^1, C^2, C^3 auf der gemeinsamen Antriebswelle B, wobei das Messer D^1 und der Lochstempel D^3 um die Abstände y^1 bezw. y^2 aus der Wellenmitte versetzt sind, zum Zweck ein unbehindertes Vorbeischieben der Blechtafel am Rahmen und den Werkzeugen zu ermöglichen". Die Schutzfrist für dieses Modell ist am 13. Nov. 1896 auf weitere 3 Jahre verlängert worden. Die für den Gegenstand dieses Gebrauchsmusters von der Klägerin ursprünglich nachgesuchte Patentierung hat das Patentamt versagt.

Für den Beklagten ist am 13. April 1895 unter No. 40 638 ein Gebrauchsmuster eingetragen worden für eine „Blechscheere nach D. R. P. 31 596 u. 43 290" (Patente

des Beklagten) „in Verbindung mit Lochstange und Winkeleisenscheere."

Klägerin hat behauptet, das Gebrauchsmuster des Beklagten greife in das ihre ein, und hat Klage erhoben mit dem Antrag: zu erkennen, der Beklagte habe das ausschließliche Recht der Klägerin aus dem Gebrauchsmuster Nr. 32 647 anzuerkennen. Beklagter hat Klagabweisung beantragt unter anderem deshalb, weil die in Rede stehende Maschine eben als solche dem Gebrauchsmusterschutz überhaupt nicht zugänglich sei. Ueber den weiter erhobenen Schadensersatzanspruch der Klägerin ist nicht verhandelt worden.

Das Berufungsgericht hat die Klage abgewiesen aus folgenden

Gründen:

Die erhobene Klage ist begründet, falls das klägerische Modell des Gebrauchsmusterschutzes fähig ist. Dies ist aber nicht der Fall.

In Uebereinstimmung mit der ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts und der bisherigen Rechtsprechung dieses Senats ist entgegen den Ausführungen des vorigen Richters daran festzuhalten, daß unter die „Arbeitsgerätschaften" und Gebrauchsgegenstände des § 1 des Gebrauchsmusterschutzgesetzes nicht fallen Maschinen im Sinne von „künstlichen, aus vielen ineinandergreifenden Arbeitsmitteln zusammengesetzten, zur Bewegung durch Naturkräfte bestimmten" Geräten oder im Sinn „der Gesamtheit einer Reihe selbständiger, zum Zweck eines auf einer Mehrheit von Arbeitsvorgängen aufgebauten Betriebs zusammengefügter Vorrichtungen." Die „Gebrauchsgegenstände" unterscheidet das Gesetz von den Arbeitsgerätschaften; es versteht also offenbar darunter Sachen, die man gebraucht, aber nicht zum Arbeiten gebraucht: Stöcke, Schirme, Kleider, Spielwaren u. dergl.; zu den „Gebrauchsgegenständen" gehören also Maschinen wie die in Rede stehende Tafelscheere jedenfalls nicht. Nach dem Sprachgebrauch des Lebens sind aber komplizierte (Arbeits-) Maschinen keine „Arbeitsgerätschaften", worunter man im

Allgemeinen Werkzeuge (im Sinn von unmittelbar von der Hand des Arbeiters geführten Geräten) versteht. Damit ist nicht ausgeschlossen, daß Werkzeuge, die man „Maschinen" nennt — z. B. Wasch-, Wring-, Messerputzmaschinen und ähnliche mit der Hand zu bewegende einfache Geräte — zu den Arbeitsgerätschaften zu rechnen sind; aber eine Dampfmaschine, ein Mühlwerk u. drgl. als „Arbeitsgerät" zu bezeichnen, würde dem Sprachgebrauch durchaus widersprechen. Daß Maschinen in dem oben bezeichneten Sinn nicht unter § 1 des Gebrauchsmusterschutzgesetzes fallen, ergiebt hienach schon der Wortlaut des Gesetzes; es ist auch darauf hinzuweisen, daß § 4 Abs. 2 des Patentges. vom 25. Mai 1877 zwischen „Maschinen", „Werkzeugen" und „sonstigen Arbeitsgerätschaften" unterschieden, es also vermieden hat, Maschinen und Werkzeuge unter dem Gesamtbegriff „Arbeitsgeräte" zusammenzufassen. Ferner kommt in Betracht, daß für komplizierte Maschinen kaum ein Bedürfnis nach Gebrauchsmusterschutz bestehen dürfte; die Neuerungen werden hier regelmäßig nicht bloß die äußere Gestaltung, die „gewerbliche Formverbesserung" betreffen, sondern die gewerbliche Benützung, den Arbeitszweck; es wird sich also um patentfähige Erfindungen handeln (falls die Neuerung einen erheblichen technischen Fortschritt darstellt), wie denn auch Klägerin für ihr in Rede stehendes Modell zunächst Patentschutz zu erlangen versucht hat. Nimmt man hinzu, daß nach der Begründung des § 1 des Gebrauchmusterschutzgesetzes durch die Charakterisierung der zu schützenden Neuerungen als solcher an Arbeitsgerätschaften und Gebrauchsgegenständen „ausgedrückt werden" sollte, „daß auch Maschinen und Betriebsvorrichtungen für den Musterschutz außer Betracht bleiben", so kann kein Zweifel darüber bestehen, daß (komplizierte) Maschinen entsprechend dem Sprachgebrauch des Lebens nicht zu den „Arbeitsgerätschaften" im Sinn des Gesetzes zu rechnen, also dem Gebrauchsmusterschutz nicht zugänglich sind. Daraus, daß „ein grundsätzlicher Gegensatz zwischen Patent und Gebrauchsmusterschutz nicht besteht" (wie der vorige Richter mit

Recht annimmt), folgt nicht, daß jede ein Geräte im weitesten Sinn betreffende Erfindung des Gebrauchsmusterschutzes fähig ist, wenn auch ein Geisteserzeugnis gleichzeitig Gebrauchsmuster und (patentfähige) Erfindung sein kann[1]). Wiefern der oben hervorgehobene Satz der Begründung des Entwurfs des Gebrauchsmusterschutzgesetzes „seinen Rückhalt dadurch ganz verloren" haben soll, daß in dem gleichzeitig dem Reichstag vorgelegten Entwurf eines neuen Patentgesetzes in § 4 die Hervorhebung der „Maschinen, Werkzeuge und sonstige Arbeitsgerätschaften" fallen gelassen ist, läßt sich nicht einsehen. Der Gebrauchsmustergesetzentwurf konnte trotzdem auf die Fassung des bisherigen § 4 des Patentgesetzes zum Beleg dafür hinweisen, daß unter „Arbeitsgerätschaften" Maschinen (in dem oben bezeichneten Sinn) nicht mitzuverstehen sind.

Es fragt sich also, ob das in Rede stehende Modell der Klägerin eine derartige dem Gebrauchsmusterschutz nicht zugängliche Maschine darstellt. In dieser Beziehung ergiebt sich zunächst aus dem Gutachten des Patentamts, daß die Blechscheere der Klägerin für Fabriken geeignet (und also wohl auch berechnet) ist, welche große Gefässe der in dem Gutachten bezeichneten Art herstellen, daß sie daher praktisch verwendbar nur in großem Format — mit Antrieb durch Elementarkraft — ist. Hienach und bei der aus den Abbildungen und dem in der mündlichen Verhandlung vorgezeigten Modell ersichtlichen Kompliziertheit ihres Baues erscheint die Scheere als Ganzes als eine des Gebrauchsmusterschutzes nicht fähige Maschine.

Das geben auch die (von der Klägerin selbst beigebrachten) Gutachten des Gl. und Gr. zu. Dagegen führt das Gutachten des Gr. aus: der Schutz beziehe sich nur auf die in Rede stehende besondere Gestaltung des Maschinengestells und auf die Anordnung der Stößel an einer gemeinsamen Welle und das Versetztsein des Messers D^2 und des Lochstempels aus der Wellenmitte; das seien aber relativ einfache Gestaltungen

1) Gierke: D. Pr.R. Bd. 1 § 93 I S. 841; siehe jetzt auch RG bei Seuffert 55 Nr. 158 S. 322.

und Anordnungen, die gebrauchsmusterschutzfähig seien; und ähnlich sagt Gl.: die Neuerung an der Maschine bestehe einzig und allein darin, daß der Maschinenrahmen zur Seite abgekröpft sei, betreffe also einen an sich einfachen Maschinenteil und sei deshalb gebrauchsmusterschutzfähig. In derselben Richtung bewegen sich auch die Ausführungen der Klägerin vor dem Berufungsgericht.

Nun ist es ganz richtig, daß Gebrauchsmusterschutz für das Modell eines Teils einer komplizierten Maschine erlangt werden kann, wenn das Modell des Teils eine einfache Gestalt aufweist (§ 1 des Ges. „Modelle von Arbeitsgerätschaften oder von Teilen derselben"); so hat das Reichsgericht eine „Filterplatte für Filterpressen" für schutzfähig erklärt. Aber im vorliegenden Fall ist geschützt nicht etwa „ein abgekröpfter Maschinenrahmen für Blechscheeren" oder eine besondere Anordnung der Stößel oder des Messers und Lochstempels an einer solchen Scheere, sondern „Tafelscheere zum Zerlegen beliebig großer Tafeln mit Vorrichtung zum Schneiden von Winkeleisen und Lochen", also die ganze Maschine in ihrer besonderen Gestaltung. Das erkennt auch das Gl.'sche Gutachten an, indem es sagt: „Den Gegenstand des Gebrauchsmusters bildet die Dreiwerkzeugmaschine", die Neuerung bestehe aber allein in dem abgekröpften Rahmen; und das Gr.'sche Gutachten hebt hervor: die Anmeldung betreffe im Grund zwei von einander durchaus unabhängige Einrichtungen, es hätten deshalb zwei Gebrauchsmuster angemeldet werden sollen; wenn auch in der Anmeldung die beiden Einrichtungen vereinigt seien, sei doch ihr gleichzeitiges Vorhandensein, ihre Kombination, nicht beansprucht worden.

Diese letztere Behauptung widerspricht aber offenbar dem Inhalt der Anmeldung: Schutz ist beansprucht für die mit den beiden von Gr. hervorgehobenen Einrichtungen ausgestattete Maschinen; die Behauptung widerspricht aber auch dem eigenen Vorbringen der Klägerin im Prozeß, wo sie ausgeführt hat: die klägerische Maschine sei eine

Kombination, das Wesentliche des klägerischen Gebrauchsmusters sei nicht ganz allgemein die Kombination der 3 Werkzeuge, vielmehr Folgendes: 1. die einzelnen Werkzeuge seien in einem einzigen festen Rahmen angeordnet, in dessen oberem Teil sich die Antriebsvorrichtungen befinden; 2. die drei Werkzeuge liegen nahezu auf gleicher Höhe, seien aber 3, so gelegt, daß sie in Verbindung mit einer besonderen Gestaltung des Rahmens eine leichte ungehinderte Fortschiebung der beliebig langen und breiten Blechtafeln beim Passieren der Scheere im Rahmen zulassen; der wesentlichste Teil der Neuerung sei die besondere Gestaltung des Rahmens.

Dem Gr.'schen Gutachten ist also zuzugeben, daß Klägerin vielleicht zwei Teile der Maschine als besondere Modelle hätte anmelden können; sicher ist aber, daß sie das nicht gethan, sondern die ganze Maschine in der besonderen im „Schutzanspruch" und in der Beschreibung wiedergegebenen Gestaltung zum Schutz angemeldet hat. Geschützt ist nicht das gekröpfte Gestell für sich: dieses kann möglicher Weise an einer anderen Maschine ohne Verletzung des klägerischen Musterschutzes angebracht werden; geschützt ist vielmehr eine zum Zerschneiden beliebig breiter Blechtafeln geeignete Maschine, bei der eine gerade Scheere, eine Winkeleisenscheere und eine Lochstanze in gewisser eigentümlicher Art vereinigt sind und deren Besonderheit nach dem Gutachten des Patentamts darauf beruht, daß die 3 Werkzeuge in einer Reihe nebeneinander in bequemer Arbeitshöhe sich befinden, das ganze Gestell gekröpft ist, die gerade Scheere und die Lochstanze aus der mittleren Scheerenebene um gewisse Abstände versetzt und die Winkeleisenscheere sowie die Lochstanze gegen die gerade Scheere etwas erhöht sind. Die Civilkammer meint die Gebrauchsmusterschutzfähigkeit der Blechscheere aus dem Grund bejahen zu können, weil die Neuerung wesentlich in einer besonderen Gestaltung des Rahmens beruhe und dieser „an und für sich betrachtet und als Arbeitsgerätschaft im Sinn des Gesetzes aufgefaßt werden könne"; das erscheint aber deshalb nicht durchschlagend, weil eben nicht der Rahmen, sondern

die ganze Tafelscheere das zum Schutz angemeldete Modell darstellt und bei dieser Sachlage nichts darauf ankommt, ob einzelne Teile der Maschine als besondere Modelle zum Gebrauchsmusterschutz hätten angemeldet werden können.

Hienach handelt es sich bei dem in die Gebrauchsmusterrolle eingetragenen Modell der Klägerin um eine künstliche, aus vielen ineinandergreifenden Arbeitsmitteln zusammengesetzte Maschine, die vorteilhaft nur mit Elementarkräften zu betreiben ist. Die Gebrauchsmusterschutzfähigkeit der in Rede stehenden „Tafelscheere" ist daher zu verneinen, es handelt sich bei dieser Maschine vielmehr um einen Gegenstand, der nur (wenn die daran angebrachte Neuerung einen wesentlichen technischen Fortschritt darstellt) dem von der Klägerin selbst in erster Linie dafür nachgesuchten Patentschutz zugänglich ist.

Demzufolge besteht das von der Klägerin beanspruchte Schutzrecht nicht zu Recht und da die Klage ausschließlich auf dieses Schutzrecht gestützt ist (nicht etwa Löschung des Gebrauchsmusters des Beklagten verlangt), war sie unter Abänderung des angefochtenen Urteils abzuweisen.

Urteil des I. Civilsenats vom 29. September 1899 in Sachen Schatz gegen Honer.

Auf Revision des Klägers hat das Reichsgericht dieses Urteil insoweit aufgehoben, als dadurch der Schadensersatzanspruch des Klägers abgewiesen war, im Uebrigen aber die Revision des Klägers — unter Billigung der Gründe des obigen Urteils — zurückgewiesen, indem es in ersterer Beziehung ausführte: „Ueber den Klageantrag Ziffer 3 auf Schadensersatz durfte der Berufungsrichter nicht, wie er gethan, erkennen. Der erste Richter hat über diesen Antrag weder verhandelt noch entschieden; dieser Antrag konnte deshalb auch nicht Gegenstand der Verhandlung und Entscheidung in der Berufungsinstanz werden, und der Berufungsantrag des Beklagten, die Klage abzuweisen, war unzulässig. Die erste Voraussetzung des durch den Klageantrag 3 verfolgten Schadensersatzanspruchs ist allerdings, daß das Schutzrecht besteht, für dessen Verletzung Schadensersatz gefordert wird;

erst wenn diese Voraussetzung festgestellt, kommt die durch den § 9 des Gesetzes vom 1. Juni 1891 geforderte Voraussetzung, die wissentliche oder grobfahrlässige Verletzung, in Frage. Gleichwohl durfte der Berufungsrichter, nachdem er die erste Voraussetzung mit Recht verneint, über diesen Klageantrag nicht erkennen, sondern mußte die Berufung des Beklagten insoweit als unzulässig verwerfen, weil das erste Urteil diesen Teil der Klage nicht betraf. Das Landgericht hat sein Urteil ganz richtig als Teilurteil bezeichnet; es betrifft lediglich die Klageanträge 1 und 2. Ein Zwischenurteil im Sinne des § 304 (§ 276) der Civilprozeßordnung hat das Landgericht nicht erlassen und nicht erlassen können, weil es über das Wissen oder die grobe Fahrlässigkeit des Beklagten nichts festgestellt hatte, solcher Feststellung für die Entscheidung über die Klageanträge 1 und 2 auch nicht bedurfte. Der Fall liegt also anders, als der Fall, wo durch Zwischenurteil in erster Instanz über den Grund des Schadensersatzanspruchs erkannt ist, in der Berufungsinstanz der Anspruch abgewiesen wird, weil er nicht begründet ist."

35.

Gebrauchsmusterschutz (Schutzfähigkeit von „Maschinen"; Neuheit des Modells; Erfindungsgedanke; Voraussetzungen der Schutzfähigkeit einer Kombination; Löschung eines Teils des Eintrags.)

Klägerin hat gegen den Beklagten Klage erhoben auf Löschung zweier für ihn eingetragenen Gebrauchsmuster No. 18449 und 40562 mit der Behauptung: die Modelle seien zur Zeit ihrer Anmeldung nicht neu im Sinn des § 1 Abs. 2 des Gesetzes vom 1. Juni 1891, betreffend den Schutz von Gebrauchsmustern gewesen.

In Betreff des Musters 40562 lautet der Eintrag: „Bezeichnung des angemeldeten Gebrauchsmusters: Messerputzmaschine mit unter der Walzenachse liegender Antriebsachse und Betrieb der Putzwalzen mittels kombinierter Stirn- und

konischer Räderpaare". In der „Beschreibung" ist gesagt: „Das Eigenartige der vorliegenden Messerputzmaschine besteht darin, die Antriebsachse für die beiden Putzrollen so tief zu legen, daß die zu putzenden Messer, über diese Achse hinwegtretend, unbehindert von der einen oder andern Seite der Putzwalzen zwischen diesen hindurchgesteckt werden können und der Antrieb der Putzrollen nicht durch Schrauben- oder Hyperbelräder erfolgt, sondern durch je ein Stirn- bezw. ein konisches Räderpaar von der Antriebswelle aus bewirkt wird": liegen nämlich die Achsen der Putzwalzen, wie seither zum Teil, mit der Antriebsachse in einer Ebene, so müsse, um größere Messer, ohne daß sie an der Antriebsachse anstoßen, putzen zu können, die Antriebsachse ziemlich weit von den Putzrollen entfernt gelegt werden, was eine an sich nicht nötige Größe und damit Verteuerung der Maschine bedinge; bei der Anwendung von Schraubenrädern aber gehe ein guter Teil der aufgewendeten Arbeit verloren.

In Betreff des Musters 18449 lautet der Eintrag: „Messerputzapparat, dessen lederne Putzringe der Reinigungswalzen auf einem Weichgummiring sitzen, der mittelst eines Hartgummirings auf der Eisenrolle festgehalten ist und dessen eine Putzwalze federnd gegen die andere gedrückt wird, wobei das Messer beim Schleifen durch eine besondere Führung festgehalten ist und mit seinem Rücken auf Lederplatten liegt". In der „Beschreibung" ist im Eingang gesagt: „Der Zweck der vorliegenden Erfindung ist die Herstellung einer einfachen Messerputzmaschine, bei welcher das Abspringen der Lederringe von den Reinigungswalzen verhindert ist, ferner die eine Walze elastisch gegen die andere angedrückt wird und eine besondere Messerführung vorhanden ist, welche dem Messer beim Schleifen die richtige Lage giebt, wobei durch Anbringung eines Lederplättchens, auf welchem der Messerrücken aufliegt, die Beschädigung des letzteren vermieden wird". (Dieses Lederplättchen betrachtet Beklagter als unwesentlich.)

Das Berufungsgericht hat zunächst durch ein Teilurteil — in Uebereinstimmung mit dem Landgericht — die Klage

auf Löschung des Musters 40562 abgewiesen und in Betreff der Neuheit des Musters 18449 Beweis eingezogen und sodann — nachdem inzwischen der Antrag auf Löschung dieses Musters durch Ablauf der Schutzfrist gegenstandslos geworden war, eine Entscheidung im Kostenpunkt dahin getroffen, daß Beklagter 1/6, Klägerin 5/6 der Kosten zu tragen habe.

a) Aus den Gründen des Teilurteils:

Wenn Klägerin meint, die durch das Gebrauchsmuster No. 40562 geschützte Vorrichtung sei als eine maschinelle Anlage nicht gebrauchsmusterschutzfähig, so irrt sie. Geschützt ist eine besonders gestaltete Messerputzmaschine, also eine Arbeitsgerätschaft (unter welchen Begriff auch relativ einfache „Maschinen" fallen); Modelle von Arbeitsgerätschaften oder Teilen von solchen sind aber nach § 1 des Gesetzes vom 1. Juni 1891 gebrauchsmusterschutzfähig. Es mag sein, daß eine große Transmissionsanlage nicht gebrauchsmusterschutzfähig ist; das ist aber für den vorliegenden Fall ohne Bedeutung, wo es sich lediglich um einen mit der Hand zu treibenden kleinen Apparat handelt.

Außer Streit ist, daß an dem Modell No. 40562 die Verlegung der Antriebsachse unter die Putzwalzenachse schon zur Zeit der Anmeldung des Beklagten nicht neu war; andererseits behauptet Klägerin selbst nicht, daß der Gedanke, die Achse einer Messerputzmaschine durch kombinierte Stirn- und konische Räderpaare (von einer tiefer als die Walzenachse gelegenen Antriebsachse aus) zu bewegen, vor dem Modell des Beklagten verwirklicht gewesen sei; ihre Ausführungen ergeben vielmehr das Gegenteil. In einer mit solchen Räderpaaren ausgestatteten Messerputzmaschine liegt also ein neues Modell im Sinne des Gesetzes vor. Seine Schutzfähigkeit hängt aber noch davon ab, ob in der Uebertragung dieses (anderweit schon früher angewendeten) Bewegungsmechanismus auf eine Messerputzmaschine ein Erfindungsgedanke niederen Grads, eine geistige nicht bloß handwerksmäßige Thätigkeit zu sehen ist: denn auch ein Gebrauchsmusterschutzmodell ist nicht schutzfähig, wenn es ohne

Zuhilfenahme eines weiteren selbständigen Gedankens nur bereits Bekanntes reproduziert; andererseits sind aber an die Bedeutung des Erfindergedankens auf dem Gebiet des Musterschutzes geringere Anforderungen zu stellen als auf dem Gebiet des Patentschutzes [1]); auch in der Uebertragung eines bekannten Mechanismus auf einen Gegenstand, bei dem er bisher nicht zur Verwendung gelangt ist, kann daher eine gebrauchsmusterschutzfähige neue Anordnung 2c. liegen.

Widerlegt ist nun zunächst die Behauptung der Klägerin, der in Rede stehende Mechanismus des Beklagten stelle einen Rückschritt in Technik und Arbeitszweck dar: das Gegenteil ergiebt sich sowohl daraus, daß das ganz zu Gunsten der Klägerin lautende Privatgutachten des Professors H. kein Wort davon sagt, daß die Anwendung der kombinierten Stirn- und konischen Räderpaare unzweckmäßig sei; als auch insbesondere daraus, daß Klägerin selbst durch das Patentbureau von K. und D. am 26. Februar 1896 den Beklagten hat bitten lassen, ihr die Benützung dieses Mechanismus bei Messerputzmaschinen zu gestatten. Hienach und durch das Gutachten des Sachverständigen G. steht fest, daß die Anwendung dieses Mechanismus bei Messerputzmaschinen den Arbeits- oder Gebrauchszweck wirklich gefördert hat, was Klägerin als Erfordernis der Gebrauchsmusterschutzfähigkeit bezeichnet hat (ob mit Recht, kann unerörtert bleiben).

Die Uebertragung des mehrerwähnten Bewegungsmechanismus auf Messerputzmaschinen ist *dann* als eine gebrauchsfähige Neuerung (Erfindung) anzusehen, wenn sie einem Gedanken entsprang, der sich nicht jedem Fachmann aufdrängen mußte, oder in seiner Ausführung eine mehr als bloß handwerksmäßige technische Fähigkeit erforderte. (Wollte man als weiteres Erfordernis aufstellen, daß die Neuerung eine nicht unerhebliche Verbesserung der Wirkung oder Handhabung von Messerputzmaschinen dargestellt habe, so wäre

1) Vergl. R.G. 39 Nr. 28; *Seligsohn*: Kommentar zum Gebrauchsmusterschutzgesetz S. 281, Ziffer 6 Absatz 2; *Gierke*: Deutsches Privatrecht § 93 bei und in Note 7.

diesem Erfordernis nach dem oben Bemerkten genügt).

Nun läßt die Thatsache, daß einerseits die Neuerung eine zweckmäßige und praktische war, andererseits vor dem Beklagten Niemand sie ausgeführt hatte, darauf schließen, daß der Gedanke, den in Rede stehenden Bewegungsmechanismus auf Messerputzmaschinen zu übertragen, entweder doch nicht so ganz nahe lag oder zu seiner Ausführung eine nicht ganz unbedeutende Geistesthätigkeit erforderte. Damit ist aber die Gebrauchsmusterschutzfähigkeit der dem Beklagten in Modell 40562 geschützten Gestaltung oder Vorrichtung dargethan: eine „besondere Geistesarbeit", ein „besonderer Erfindungsgedanke", wovon das H.'sche Privatgutachten spricht, das heißt eine bedeutende geistige That, die einen wesentlichen technischen Fortschritt in sich schließt, ist für ein Gebrauchsmusterschutzmodell nicht zu verlangen; vielmehr erscheint die Ansicht des Sachverständigen G. richtig, der die in Rede stehende Gestaltung der Messerputzmaschine für (neu und) schutzfähig erklärt und sich zutreffend dahin ausgesprochen hat, daß das Gebrauchsmusterschutzgesetz gerade dazu geschaffen sei, um auch „derartig kleinen Erfindungen" Schutz zu gewähren. Wenn Klägerin ausführt: der Fachmann dürfe nicht gehindert werden, jedes beliebige ihm zur Verfügung stehende Element berufsmäßig anzuwenden, Beklagter dürfe daher die bekannte Kombination von Stirn- und konischen Räderpaaren in keiner Weise für sich monopolisieren, so ist der Vordersatz nur mit Einschränkung richtig: soweit in der Anwendung eines bekannten Mechanismus auf einen gewissen Apparat ein — wenn auch nicht in hohem Grad — origineller oder schöpferischer Gedanke zu sehen ist, kann nach dem oben Ausgeführten für das unter Verwendung des bekannten Mechanismus hergestellte Modell Gebrauchsmusterschutz beansprucht werden und diesfalls sind dann andere Fachmänner allerdings an dieser Anwendung des betreffenden Mechanismus — soweit der Schutz reicht und solang er dauert — gehindert; das ist aber nichts Auffallendes, denn Patente und Gebrauchsmuster beschränken über-

haupt ihrer Natur nach in gewissem Grad die freie Bewegung des Produktionskreises, auf den sie sich beziehen.

b) Aus den Gründen des Endurteils:

Was die Frage anlangt, ob die Kombination der drei in Rede stehenden Vorrichtungen an einer Messerputzmaschine ein neues, schutzfähiges Muster auch dann dargestellt hat, wenn und soweit die einzelnen Vorrichtungen schon bekannt waren, so kommt Folgendes in Betracht. Auch für die Kombination beim Gebrauchsmuster, wie für die Kombination beim Patent, ist davon auszugehen, daß sie regelmäßig nicht schutzfähig ist, sofern die einzelnen kombinierten (bekannten) Elemente auch in ihrer Zusammenstellung nur diejenige Wirkung für den Gebrauchszweck ausüben, die sie je einzeln schon bisher ausgeübt haben; wenn die Vereinigung kein Ergebnis erzielt, das über die Wirkung einer bloßen Summierung der einzelnen Elemente hinausreicht; wenn ein Modell ohne Zuhilfenahme eines weiteren selbständigen Gedankens nur bereits Bekanntes reproduziert [1]).

Dabei ist indessen zu beachten, daß an die Bedeutung des Erfindergedankens auf dem Gebiet des Modellschutzes geringere Ansprüche zu machen sind, als auf dem Gebiet des Patentschutzes; unter Umständen wird daher auch der Gedanke, bekannte Vorrichtungen an einem Gerät zu vereinigen, als ein für Gewährung des Gebrauchsmusterschutzes ausreichender Erfindergedanke gelten können, falls der Gedanke solcher Vereinigung als ein origineller, dem Techniker nicht ganz naheliegender erscheint (z. B. Vereinigung eines Schirms mit einem Stuhl, eines Armbands mit einer Uhr u. drgl.) oder bei seiner Ausführung technische Schwierigkeiten zu überwinden waren. Wenn aber ein Techniker alle in Betreff einer bestimmten Art von Maschinen auftauchenden Ver-

1) Vergl. R.G. 39, Nr. 23 S. 120; R.G. bei Seuffert 54, Nr. 104; Entscheidung des Kammergerichts im „Blatt für Patente, Muster- und Zeichenwesen" Jahrgang 1894—95 S. 191; Seligsohn: Patent- und Gebrauchsmusterschutzgesetz S. 281 Ziffer 6 Absatz 2; Gierke: Deutsches Privatrecht Bd. 1 § 95 II, 7 S. 867.

besserungen aufmerksam verfolgt und sie alle an einem Modell vereinigt, ohne daß in Folge davon irgend eine dieser Vorrichtungen anders wirkt, als sie zuvor in der Vereinzelung gethan, und ohne daß zum Zweck dieser Vereinigung die durch die Verwendung jeder einzelnen Vorrichtung gegebene Form der Maschine modifiziert und irgend ein technisches Problem gelöst werden müßte, so fehlt der Thätigkeit des Technikers jeder selbständige, (sei es auch nur in geringem Grad) schöpferische Gedanke und damit die Voraussetzung, von der das Gesetz die Erteilung eines ausschließlichen Rechts zur gewerbsmäßigen Herstellung u. s. w. eines Modells abhängig macht.

Der in Rede stehende Apparat des Beklagten zeigt drei Eigentümlichkeiten: die Befestigung der die Unterlage der ledernen Putzringe bildenden Weichgummiringe auf der Eisenrolle mittels Hartgummiringen; das federnde Andrücken einer Putzwalze gegen die andere; die besondere Führung des zu putzenden Messers. Es handelt sich hier, wie das Gutachten des Sachverständigen F. in überzeugender Weise dargelegt hat, um drei selbständig neben einander stehende Vorrichtungen, deren jede ihren besonderen Erfolg für sich herbeiführt, die nicht etwa durch ihr Zusammenwirken den Effekt jeder einzelnen Vorrichtung (oder auch nur den einer einzelnen) erhöhen oder steigern. Daß es für einen Fabrikanten, der jene drei Vorrichtungen kannte, sehr nahe lag, sie an einer Maschine zu vereinigen, leuchtet ein und ebenso, daß diese Vereinigung, wie der Sachverständige F. erklärt und Beklagter nicht bestritten hat, keinerlei technische Schwierigkeit geboten hat. Die Kombination der drei Vorrichtungen an einer Maschine kann daher als ein Erfindungsgedanke (niederen Grads), wie er für Gewährung des Gebrauchsmusterschutzes erforderlich ist, nicht angesehen werden.

Beklagter selbst hat geltend gemacht: das Zusammenwirken aller drei Vorrichtungen an seinem Modell trete in demselben Augenblick in Thätigkeit, in dem das Messer geputzt werde: dieses Zusammenwirken habe Beklagter

zum ersten Mal in Anwendung gebracht. Aber diese gleichzeitige Wirksamkeit der drei Vorrichtungen bedingt keineswegs eine Erhöhung der Wirkung jeder (oder auch nur einer) einzelnen Vorrichtung. Daß die Maschine dem Gebrauchs- oder Arbeitszweck besser dient, wenn alle drei Vorrichtungen, als wenn nur eine oder zwei davon sich an ihr befinden, mag ganz richtig sein: daraus folgt aber nicht, daß diese Vereinigung der drei Vorrichtungen einen Erfindungsgedanken (niederen Grads) darstellt.

Nach dem Ausgeführten fragt es sich, ob die einzelnen, vom Beklagten in der Bezeichnung seines Modells hervorgehobenen Vorrichtungen neu und schutzfähig waren: nur insoweit, als diese Frage zu bejahen ist, waren diese Vorrichtungen (einzeln und vereint) des Gebrauchsmusterschutzes fähig. (Nach Erörterung dieser Frage fahren die Gründe fort):

Das Ergebnis des Bisherigen ist, daß das Modell des Beklagten zur Zeit seiner Anmeldung neu und schutzfähig war in Betreff der Befestigung der Weichgummiringe auf den Walzen mittels Hartgummiringen und der Messerführung, nicht aber in Betreff des federnden Andrückens der einen Putzwalze gegen die andere und der Kombination dieser Vorrichtung mit den beiden andern. Demgemäß wäre zur Sache — in Betreff des Gebrauchsmusters 18449 — zu erkennen gewesen: „der Beklagte hat einzuwilligen, daß (in dem betreffenden Eintrag in die Gebrauchsmusterrolle) die Worte gelöscht werden: „und dessen eine Putzwalze federnd gegen die andere gedrückt wird"; im Uebrigen wird die Klage abgewiesen". Daß ein Teil eines Eintrags in der Gebrauchsmusterrolle gelöscht werden kann, unterliegt keinem Bedenken, sofern nur das Modell teilbar ist und der verbleibende Rest den Erfordernissen eines schutzfähigen Modells entspricht — was im gegenwärtigen Fall augenscheinlich zutrifft.

Urteile des I. Civilsenats vom 14. April 1899 und 10. April 1900 in Sachen von der Nahmer gegen Model.

36.

Gebrauchsmusterschutz: kann ein Modell schutzfähig sein, wobei ein bekanntes Material zu einem bekannten Zweck in bekannter Form verwendet ist?

Klägerin hat auf Grund des § 6 Abs. 2 des Gebrauchsmusterschutzgesetzes vom 1. Juni 1891 gegen Beklagte auf Löschung eines für die Beklagte in die Gebrauchsmusterrolle eingetragenen Gebrauchsmusters geklagt.

Die Bezeichnung des Gebrauchsmusters lautet: „Schiebschachtel mit Schieber aus Pappe, Karton u. drgl. und Rahmen (Umhüllung) aus Gelatinefolien". Der „Schutzanspruch" lautet: „Eine Schiebschachtel von beliebiger Form und Größe mit Schieber aus Karton, Pappe, Holz oder drgl. Material und einem aus Gelatinefolie hergestellten Rahmen (Umhüllung), der von Hand gefalzt und zusammengeklebt oder in anderer Weise zusammengehalten wird". In der Beschreibung heißt es: „die Neuheit der Anmeldung besteht in einer Schiebeschachtel, deren Schieber aus Karton, Pappe oder drgl. hergestellt ist, während der Rahmen, in welchen der Schieber geschoben wird, aus Gelatinefolien besteht. Der Inhalt der Schachtel wird dadurch, von der offenen Seite des Schiebers aus betrachtet, durch den Gelatinefolien-Rahmen hindurch vollkommen sichtbar". — „Die Herstellung ist eine äußerst einfache und die Schachtel dennoch dauerhaft, indem die starre Form des Schiebers der Schachtel eine große Widerstandsfähigkeit verleiht". „Der Querschnitt der Schachtel kann beliebig z. B. vier- oder mehreckig, oval, rund ꝛc. genommen werden".

Klägerin hat geltend gemacht: das angemeldete Modell sei nicht schutzfähig, weil nicht neu i. S. des § 1 des Gebrauchsmusterschutzgesetzes: es verwende lediglich bekanntes Material in bekannter Gestaltung für einen bekannten Zweck.

Beklagter hat Abweisung der Klage beantragt; sie hat vorgetragen: die Neuheit des fraglichen Gebrauchsmusters bestehe darin, daß der Inhalt der Schachtel, von der offenen

Seite des Schiebers aus betrachtet, durch den Gelatinefolienrahmen hindurch vollkommen sichtbar sei, was bei Schiebtafeln aus anderem Stoff bisher nie erreicht worden sei.

Im Berufungsverfahren ist nach dem Klagantrag erkannt worden aus folgenden

Gründen:

Nach § 2 Abs. 2 des Gebrauchsmusterschutzgesetzes muß die Anmeldung angeben, „welche neue Gestaltung oder Vorrichtung" (bezw. Anordnung) „dem Arbeits- oder Gebrauchszweck dienen soll"; diese Angabe ist ein wesentlicher Bestandteil der Anmeldung. Im vorliegenden Fall ist außer Zweifel daß beim Modell der Beklagten die neue Gestaltung, Anordnung oder Vorrichtung, die dem Gebrauchszweck dienen soll, der Rahmen aus Gelatinefolien ist; denn der in der „Bezeichnung" weiter hervorgehobene Schieber aus Pappe u. drgl. war anerkanntermaßen längst bekannt; das (dem Gebrauchsmusterschutz unzugängliche) Verfahren zur Herstellung der Umhüllung ist in der „Bezeichnung" nicht erwähnt, ebensowenig die durch die Gelatine-Umhüllung herbeigeführte Wirkung (nämlich die vollkommene Sichtbarkeit des Schachtelinhalts), die als solche auch nicht geschützt werden könnte. Eine besondere Form der Schachtel oder der Umhüllung ist, wie die Beschreibung des Modells unzweideutig ergiebt, nicht geschützt, insbesondere nicht die kantige (speziell: viereckige) Form: nach der eigenen Behauptung der Beklagten hat ja A. V. schon im August 1895 Musterschutz für kantige Gegenstände aus Gelatinefolie erlangt und demgemäß ist davon auszugehen, daß solche im Januar 1896 nicht mehr „neu" i. S. des § 2 Abs. 2 des Gesetzes waren.

Modelle von Gebrauchsgegenständen oder von Teilen derselben sind nach § 1 Abs. 1 des Gesetzes geschützt, insoweit sie dem Gebrauchszweck durch eine neue Gestaltung, Anordnung und Vorrichtung dienen sollen. Außer Streit ist, daß schon lange vor Anmeldung des Modells der Beklagten Schiebschachteln bekannt waren, deren Umhüllung aus anderem Stoff als der Schieber bestand, und zwar auch solche, deren

Deckel den Inhalt der Schachtel (d. h. die obere Schichte des Inhalts) mehr oder weniger sichtbar machte, indem er z. B. aus Glas bestand: darauf, ob diese obere Schichte des Inhalts vollkommen sichtbar oder zu einem kleinen — vielleicht minimalen — Teil durch einen undurchsichtigen schmalen Streifen auf der oberen Seite der Umhüllung verdeckt ist, kann nichts ankommen; es ist dies praktisch augenscheinlich ohne Bedeutung, wie auch diese „vollkommene" Sichtbarkeit des Schachtelinhalts, worin Beklagte die Neuheit ihres Modells finden will, in dessen Bezeichnung sowenig als ein „Schutzanspruch" hervorgehoben ist. Außer Streit ist ferner, daß das Material des Schachtelrahmens — Gelatinefolien — zur Zeit der Anmeldung schon lang für Schachteln anderer Art als Schiebschachteln (Dosen, Bonbonnieren u. drgl.) im Gebrauch war.

Vorausgesetzt nun, daß bis Januar 1896 Schiebschachteln mit einer Umhüllung aus Gelatinefolien nicht bekannt waren, so fragt es sich, ob eine schutzfähige Neuerung — eine Erfindung niederer Ordnung, wie sie das Gebrauchsmusterschutzgesetz verlangt — darin zu sehen ist, daß für die bekannte Form von Schiebschachtelrahmen zu dem bekannten Zweck, den Schachtelinhalt bei geschlossener Schachtel von einer Seite aus sichtbar zu machen, der bekannte Stoff der Gelatinefolien verwendet ist.

In der Literatur und Praxis wird die Ansicht vertreten, daß eine gewerbliche Leistung nicht gebrauchsmusterschutzfähig ist, die lediglich in der Neuanwendung eines bekannten Materials zu einem bekannten Zweck und in bekannter Form besteht[1]). Von diesem Standpunkt aus würde das in Rede stehende Modell der Beklagten ohne Frage der Neuheit und Schutzfähigkeit entbehren, mag man eine „Gestaltung" oder eine „Anordnung" als Gegenstand des Schutzes ansehen. Dabei kann die vom Reichsgericht a. a. O. unentschieden gelassene Frage unerörtert bleiben, ob die Anwendung neuen Stoffs für bekannte Gestaltungen und in bekannten Formen

1) So insbesondere R.G. 35 Nr. 21.

oder die Neuanwendung eines bekannten Stoffs unter Benützung nicht bekannter physikalischer Eigenschaften desselben für bekannte Formen unter das Gebrauchsmusterschutzgesetz fällt: denn augenscheinlich liegt keiner dieser Fälle vor, insbesondere war — wie bemerkt — die Eigenschaft der Gelatinefolien, sich zu kantigen Gegenständen verarbeiten zu lassen, schon vor Januar 1896 bekannt und zudem bezieht sich der Musterschutz der Beklagten keineswegs ausschließlich auf kantige Gegenstände.

Richtiger indessen erscheint die Auffassung des Gebrauchsmusterschutzgesetzes, wonach unter Umständen auch die Verwendung eines bekannten Stoffs in bekannter Form zu bekanntem Zweck Musterschutz genießen kann, wenn der betreffende Stoff in dieser Form bisher nicht verwendet worden ist und die nunmehrige Verwendung einen „Erfindungsgedanken" des für den Gebrauchsmusterschutz erforderlichen geringern Grads darstellt, und zwar auch dann, wenn keine bisher unbekannten Eigenschaften des Stoffs benützt werden. Diese Auffassung läßt sich mit der Begriffsbestimmung des § 1 des Gebrauchsmusterschutzgesetzes vereinigen, sofern sich in einem solchen Fall von einer neuen „Anordnung" sprechen läßt; eine Erstreckung des Gebrauchsmusterschutzes auf derartige Fälle erscheint aber innerlich gerechtfertigt: die Verwirklichung des Gedankens, einen bekannten Stoff mit seinen bekannten Eigenschaften zur Anfertigung eines bekannten Gegenstands in bekannter Form zu verwenden, kann ebenso wertvoll und schwierig, ja wertvoller und schwieriger sein als z. B. eine neue Form für einen bekannten Gegenstand zu ersinnen; es wäre daher nicht verständlich und ist ohne zwingende Gründe nicht anzunehmen, daß zwar letztere Erfindung gebrauchsmusterschutzfähig sein sollte, nicht aber auch erstere. Es hat denn auch das Reichsgericht neuerdings [1]) Schutzfähigkeit angenommen in einem Fall, wo ein bekannter Gegenstand — Mutter- und Mastdarmspiegel mit Schutzmantel

1) Band 41 Nr. 8.

— in bekannter Form und zu bekanntem Zweck unter Verwendung eines bekannten Stoffs (Celluloid) in seinen bekannten Eigenschaften hergestellt war, und ist damit von den in seinen früheren Entscheidungen [1]) vertretenen Ansicht abgegangen (wenn dies auch die Entscheidung Bd. 41 No. 8 bestreitet).

Hienach ermangelt das Modell der Beklagten nicht schon deshalb der Schutzfähigkeit, weil es den bekannten Stoff der Gelatinefolien in der bekannten Form der Schiebschachtelumhüllung zu dem bekannten Zweck, den Inhalt der geschlossenen Schachtel von einer Seite sichtbar zu machen, verwendet; die Entscheidung hängt vielmehr noch davon ab, ob diese Verwendung der Gelatinefolien neu (im Sinn des Gesetzes) war und ob sie einen Erfindungsgedanken vor der Art darstellt, wie ihn das Gebrauchsmusterschutzgesetz verlangt.

In letzterer Beziehung kommt nun in Betracht: das Gebrauchsmusterschutzgesetz will zwar auch kleinen Erfindungen Schutz verleihen, immerhin aber muß das Modell einen „selbständigen Gedanken" [2]) enthalten, darf die Neuerung nicht eine derartige sein, daß sie jedem Fachmann nahe liegen mußte und ohne alle technische Schwierigkeit auszuführen war. Nun ist die Herstellung des Gelatinerahmens nach der Beschreibung in der Anmeldung der Beklagten „eine äußerst einfache": ein Streifen Gelatinefolie werde — ist dort gesagt — der gewünschten Querschnittsform des Schiebers entsprechend von Hand gefalzt bezw. gebogen und zusammengeklebt; diese Herstellung beruht also augenscheinlich auf einer schon zur Zeit der Anmeldung des Modells jedem Fachmann geläufigen Manipulation. Der Gedanke aber, Gelatinefolien zu Schiebschachtelrahmen zu verwenden, lag offenbar für jeden Fachmann nahe, nachdem schon vor der Modell-Anmeldung der Beklagten andere Arten von Schachteln aus Gelatine gefertigt worden waren und auch die Möglichkeit, kantige Gegenstände aus Gelatinefolien herzustellen, bereits bekannt war In der That ist ja auch der Sachverständige B. seiner Angabe nach

1) Insbesondere Band 35 Nr. 21.

2) R.G. 39 Nr. 28, S. 120 unten.

ganz kurz nach der Eintragung des Modells der Beklagten selbständig auf den Gedanken gekommen, Schiebschachtel-Umhüllungen (und -Schieber) aus Gelatinefolien zu verfertigen. Hienach stellt sich der Gedanke, Schiebschachtelrahmen aus Gelatinefolien herzustellen, als ein nach dem Stand der Technik und den sonstigen Umständen zur Zeit der Anmeldung der Beklagten so wenig origineller dar, daß das Modell nicht für schutzfähig erachtet werden kann.

Urteil des I. Civilsenats vom 12. Mai 1899 i. S. Hetzel gegen Langheck.

Die Revision gegen dieses Urteil ist zurückgewiesen worden.

37.

Haftpflichtgesetz: Betriebsunfall; Einrechnung einer Zuwendung des Arbeitgebers an den Verunglückten in die Rente?

Klägerin ist verpflichtet, dem am 27. April 1898 auf dem Bahnhof in B. verunglückten Arbeiter J. A. auf Grund der Bestimmungen des Unfallversicherungsgesetzes eine zur Zeit auf monatlich 17 Mk. 10 Pfg. festgesetzte Rente zu bezahlen. Sie hat im Weg der Klage vom Beklagten auf Grund des § 98 des Unfallversicherungsgesetzes mit der Behauptung, Beklagter sei dem A. aus § 1 des Haftpflichtgesetzes schadensersatzpflichtig, Ersatz der von ihr an A. bezahlten und künftig zu bezahlenden Rentenbeträge verlangt.

Beklagter hat Abweisung der Klage beantragt und in erster Linie bestritten, daß A. „beim Betrieb einer Eisenbahn" körperlich verletzt sei. Außer Streit war folgender Hergang des Unfalls: bei der Entladung von Erdmassen, die anläßlich der Erweiterung des Bahnhofs Pf. mittelst eines besonderen Eisenbahnzugs nach B. befördert worden waren, fiel etwas Erde in die letzte gegen B. gelegene, dem laufenden Betrieb dienende Weiche des Br. Bahnhofs; Bauführer H. (württ. Bahnbeamter) wies den A. an, diese Erde zu entfernen; während A. damit beschäftigt war, schlug der Weichenwärter

die Weiche um — sei es (wie Beklagter behauptet hat) um sie zu probieren, sei es (wie Klägerin behauptet hat) um sie in die für den Betrieb erforderliche Stellung zu bringen; dadurch kam der rechte Zeigefinger As. zwischen Schiene und Weichenzunge und wurde durch die Einklemmung derart zerquetscht, daß er abgenommen werden mußte. Daß im Augenblick des Umschlagens der Weiche deren Durchfahrung bevorgestanden sei, hat Klägerin nicht behauptet.

Weiter hat Beklagter bestritten, daß dem A. durch den Unfall ein Schaden zugegangen sei (obwohl seine Arbeitsfähigkeit allerdings um 25 % vermindert sei), sofern er von der Firma B., in deren Betrieb er verunglückt ist, nach wie vor den gleichen Lohn erhalte.

Es ist nach dem Klagantrag erkannt worden, vom Berufungsgericht aus folgenden

Gründen:

Außer Streit ist, daß Klägerin gemäß § 98 des Unfallversicherungsgesetzes vom Beklagten Ersatz der von ihr dem A. zu zahlenden Beträge verlangen kann, falls sich der Unfall As. beim Betrieb einer Eisenbahn zugetragen und insoweit A. hiedurch Schaden erlitten hat.

Das Umschlagen einer Weiche ist ohne Frage eine zum Betrieb der Eisenbahn (im Sinne des § 1 des Haftpflichtgesetzes) gehörige Handlung, wenn es geschieht, um die Weiche in die für ihre demnächstige Durchfahrung erforderliche oder — nach erfolgter Durchfahrung — in die für die Zeit der Ruhe vorgeschriebene Stellung zu bringen. Aber auch dann liegt eine Betriebshandlung vor, wenn — wie im gegenwärtigen Fall nach der Behauptung des Beklagten — der Weichenwärter, nachdem eine das Funktionieren der Weiche möglicher Weise störende Verunreinigung der Weiche eingetreten und deren Beseitigung angeordnet worden ist, die Weiche zu dem Zweck umschlägt, um zu prüfen, ob sie in dem für ihr ordnungsmäßiges Funktionieren erforderlichen Zustand sich befindet: es handelt sich hier um eine zur Vorbereitung des Betriebs dienende, ja notwendige Handlung.

Da A. hiebei den Unfall erlitten hat, ist er durch eine Betriebshandlung, somit beim Betrieb der Eisenbahn, körperlich verletzt worden. Dieser Unfall steht aber auch mit den dem Eisenbahnbetrieb eigentümlichen Gefahren in ursachlichem Zusammenhang. Zwar ist die Gefahr, daß ein Glied eines menschlichen Körpers eingeklemmt wird, keineswegs dem Eisenbahnbetrieb eigentümlich, wohl aber der Mechanismus der Weichen, der es mit sich bringt, daß ein Umlegen des Hebels der Weiche auf einige Entfernung (und zwar plötzlich und mit großer Gewalt) wirkt und der Umlegende deshalb nicht immer genau wahrzunehmen vermag, was im Augenblick des Umlegens des Weichenhebels an der Stelle geschieht, wo die Wirkung dieser Handlung eintritt. Hienach hat der vorige Richter mit Recht angenommen, daß auf den Unfall A's. § 1 des Haftpflichtgesetzes Anwendung zu finden hat.

Beklagter haftet für den dem A. (nicht: der Klägerin) durch den Unfall erwachsenen Schaden; Klägerin hat daher nachzuweisen, daß und inwieweit A. in Folge des Unfalls geschädigt ist. Dieser Nachweis ist an sich dadurch erbracht, daß feststeht, daß in Folge der durch den Unfall veranlaßten Abnahme des rechten Zeigefingers A's. dessen Arbeitsfähigkeit um 25 % vermindert worden ist. Dem Beklagten steht aber der Einwand frei, daß A. trotzdem keinen Schaden erlitten habe, weil er von der Firma B. nach wie vor den gleichen Lohn erhalte [1]). Indessen ist zunächst hervorzuheben, daß, wenn dem auch so wäre, der Klägerin doch jedenfalls eine Klage dahin zugestanden werden müßte, daß festgestellt werde, Beklagter habe ihr den Schaden zu ersetzen, der sich für A. aus der durch den Unfall verursachten Verminderung seiner Arbeitsfähigkeit künftig etwa ergeben werde (bis zur Höhe der von der Klägerin dem A. zu zahlenden Rente). Denn Beklagter behauptet selbst nicht, daß A. Anspruch auf Fortbezahlung des gleichen Lohns, den er vor dem Unfall erhielt, habe oder unter allen Umständen auf einen Lohn von gleicher

1) Vergl. die Entscheidung in W.J.B. 6 S. 220 ff.

Höhe rechnen könne; angesichts der in § 8 des Haftpflichtgesetzes festgesetzten kurzen Verjährung der auf dieses Gesetz sich stützenden Schadensersatzforderungen wäre nicht zu bezweifeln, daß Klägerin ein rechtliches Interesse an alsbaldiger Feststellung des Rechtsverhältnisses hat. Sodann geht aus der Zeugenaussage N's. hervor, daß A. in Folge des Unfalls jedenfalls insofern einen Schaden schon jetzt erlitten hat, als er die ihm sonst in sicherer Aussicht stehende Lohnerhöhung von 3 Pfg. für die Stunde nicht erhalten hat; zum Ersatz dieses Schadens wäre Beklagter unter allen Umständen verpflichtet.

Aber der erwähnte Einwand des Beklagten ist überhaupt nicht begründet. Auf Grund der nicht beanstandeten und nicht zu beanstandenden Aussage N's. steht fest, daß A. seit dem Unfall an Lohn nur 35 Pfg. für die Stunde erhalten hat, nur diesen Betrag am Zahltag fordern konnte und kann, daß aber sein Arbeitgeber bisher schenkweise, also ohne Anerkennung eines Rechts seitens des A. oder einer Verpflichtung seinerseits, dem A. nachträglich je weitere 7 Pfg. für die Stunde ausbezahlt hat und dies voraussichtlich in gleicher Weise auch in Zukunft thun wird. Es fragt sich daher, ob, wenn einem Verletzten von seinem Arbeitgeber ein Teil des bisherigen Lohns als Geschenk zugewendet wird, der aus der Verletzung auf Ersatz Haftende ein Recht darauf hat, daß der betreffende Betrag an der von ihm zu zahlenden Summe oder Rente abgezogen wird. Diese Frage, deren Beantwortung das angeführte Urteil dieses Senats ausdrücklich dahingestellt gelassen hat, ist zu verneinen. Thatsache ist, daß A. in Folge des Unfalls Anspruch nur noch auf 35 Pfg. (statt früherer 42 Pfg.) Stundenlohn hat; damit ist sein Anspruch gegen den Beklagten auf Ersatz der ihm entgangenen und entgehenden 7 Pfg. für die Stunde begründet. Er braucht sich für die Zukunft von dem zur Entschädigung Verpflichteten nicht darauf verweisen zu lassen, daß er mit mehr oder weniger Wahrscheinlichkeit Gutthaten (Almosen) Anderer in dieser Höhe zu erwarten habe, während

ihm ein Schadensersatzanspruch gegen diesen Verpflichteten zusteht; und auch für die Vergangenheit ist sein Schadensersatzanspruch dadurch nicht getilgt, daß er — nicht zur Befriedigung dieses Anspruchs — aus Anlaß seines Unfalls freiwillige Gaben von seinem Arbeitgeber oder von Dritten erhalten hat: der Brandstifter, der die unversicherte Fahrnis eines Andern durch Brand zerstört hat, kann gegen die Schadensersatzforderung des Abgebrannten nicht einwenden, dieser sei durch Sammlung milder Gaben bereits entschädigt; solche Gaben lassen den Schadensersatzanspruch gegen den Urheber des Brandes unberührt.

Daß dies der Standpunkt des geltenden Rechts ist, erhellt daraus, daß hienach nur beim Zusammentreffen zweier gewinnbringender Erwerbsgründe (concursus duarum causarum lucrativarum) das Forderungsrecht des Gläubigers dadurch untergeht, daß er dessen Gegenstand einmal erhalten hat:[1]) hieraus folgt, daß nicht das Gleiche gilt, wenn ein Schadensersatz berechtigter den Geldbetrag, den er zur Ausgleichung seines Schadens (also nicht „ex causa lucrativa") vom Schadensersatzpflichtigen zu fordern hat, von anderer Seite — und zwar nicht auf sein Forderungsrecht gegen den Schadensersatzpflichtigen — erhalten hat. Der vorige Richter hat daher mit Recht angenommen, daß dem A. ein Schaden in dem Betrag erwachsen ist, den die Klägerin vom Beklagten fordert.

Urteil des I. Civilsenats vom 24. November 1899 in Sachen Fiskus gegen Tiefbauberufsgenossenschaft.

Die Revision gegen dieses Urteil ist zurückgewiesen worden.

38.

Bereicherungsklage[2]).

Der Vater der Klägerin hat 1876 mit der allgemeinen Rentenanstalt in Stuttgart eine Kapitalversicherung über die

1) Vergl. Motive zu E.B.G. Bd. 2, S. 80, Abs. 2.

2) Vergl. §§ 812, 687, Abs. 1. B.G.B.

für die Klägerin auf 1. Januar 1897 fällige Summe von 1000 Mk. abgeschlossen. Nach seinem 1894 erfolgten Tod haben seine gesetzlichen Erben, darunter Klägerin, die Erbschaft nicht angetreten, weil sie überschuldet war. Der aufgestellte Masseverwalter behandelte die auf den Namen der Klägerin lautende Kapitalversicherungsforderung als zur Nachlaßmasse gehörig und versteigerte sie, wobei die Beklagte, die gegen den Vater der Klägerin eine Forderung von über 20 000 Mk. hatte, sie um 885 Mk. ersteigerte, dieser Kaufpreis wurde gegen einen entsprechenden Teil der Forderung der Beklagten an den Nachlaß des Vaters der Klägerin verrechnet. Beklagte hat die drei letzten Prämien bezahlt und am 1. Januar 1897 die Versicherungssumme von 1000 Mk. gegen Rückgabe der Police ausbezahlt erhalten. Darauf erhob Klägerin gegen Beklagte Klage auf Erstattung der ungerechtfertigten Bereicherung von 885 Mk. Die Klage ist im Berufungsverfahren abgewiesen worden aus folgenden

Gründen:

Unstreitig hatte die Klägerin auf Grund des von ihrem Vater mit der allgemeinen Rentenanstalt in Stuttgart abgeschlossenen Versicherungsvertrags mit dessen im Jahre 1894 eingetretenem Tod das unwiderrufliche Forderungsrecht auf Ausbezahlung des versicherten Kapitals von 1000 Mk. zur Verfallzeit — 31. Dezember 1896 — erlangt. Auch ist außer Zweifel, daß diese Forderung der Klägerin von dem Masseverwalter mit Unrecht als Bestandteil der Nachlaßmasse des Vaters der Klägerin behandelt und als solcher zu dem ihrem damaligen Wert entsprechenden Preis von 885 Mk. an die Beklagte verkauft worden ist. Weiter steht fest, daß die erwähnte Forderung dadurch erloschen ist, daß die Rentenanstalt dieselbe zur Verfallzeit an die Beklagte gegen Rückgabe der bei dem Kauf erhaltenen Kapitalversicherungsurkunde in Gemäßheit des § 49 der Statuten mit befreiender Wirkung ausbezahlt hat. Der Empfang der Zahlung hatte aber nicht, wie der Unterrichter annahm, eine Bereicherung der Beklagten, sondern der Nachlaßmasse des Vaters

der Klägerin zur Folge, insofern der Verwalter der Masse den Kaufpreis der Forderung mit 885 Mk. durch Anrechnung auf die Schuld der Masse gegenüber der Beklagten bezogen hat. Nachdem so die Nachlaßmasse des Vaters aus dem Vermögen der Klägerin durch teilweise Befreiung von der Schuld gegen die Beklagte um den Betrag von 885 Mk. ungerechtfertigter Weise bereichert worden war, blieb für eine ungerechtfertigte Bereicherung der Beklagten, welche den Kaufpreis — wie erwähnt — bereinigt hat, kein Raum mehr: s. l. 23 D. de reb. cred. 12,1 l. 49 D. de neg. gest. 3,5 und insbesondere l. 3 C. de R. V. 3,32, welch' letztere Gesetzesstelle einen dem vorliegenden ganz gleich gelagerten Fall entscheidet. Die Beklagte ist daher nicht die rechte Beklagte und es ist deshalb, ohne daß es des Eingehens auf die eventuellen Streitfragen über die Haftung des gutgläubigen titulierten Besitzers und der Berechtigung desselben zum Abzug der auf die Sache gemachten Aufopferungen bedürfte, der auf die condictio sine causa gestützte Anspruch abzuweisen. Auch die von der Klägerin weiter geltend gemachten rechtlichen Gesichtspunkte vermögen ihren Anspruch nicht zu begründen. Was zunächst die Heranziehung „auch der übrigen Condiktionen" ohne irgend welche nähere Darlegung anlangt, so fehlt es für dieselben gleichfalls an dem Erfordernis einer in der Person der Beklagten eingetretenen Bereicherung.

Ebensowenig läßt sich vom Standpunkt der Klägerin der Gesichtspunkt der unbeauftragten Geschäftsführung verwerten. Wenn auch die Beklagte bei der Erhebung des Versicherungskapitals thatsächlich, da die bezügliche Forderung nicht auf sie übergegangen war, die Geschäfte der als Gläubigerin ausschließlich zum Einzug berechtigten Klägerin führte [1]), so ist doch zweifellos, daß die Beklagte beziehungsweise deren Vertreter bei dem Einzug der vermeintlich durch Kauf erworbenen Forderung ihr eigenes Geschäft besorgen wollte.

1) Seufferts Archiv Bd. 42 S. 292/294.

In einem solchen Falle aber kommen nach richtiger Ansicht die Grundsätze der ungerechtfertigten Bereicherung zur Anwendung[1]).

Urteil des II. Civilsenats vom 23. November 1899 i. S. Amtskorporation Oberndorf g. Reiser.

---

1) Windscheid Pand. § 431 Note 18.

II.

Entscheidungen des Verwaltungsgerichtshofs.

5.

Streit wegen der Reinigung einer Dohle.

Zulässigkeit des Verwaltungsrechtswegs für die Entscheidung der Fragen, ob die Dohle die Eigenschaft einer städtischen öffentlichen Dohle hat und ob etwa kraft besonderen Rechtstitels einem Andern eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung zur Reinigung obliegt, wogegen die Entscheidung über das Bestehen einer internen privatrechtlichen Verpflichtung des Anderen gegenüber der Gemeinde den Civilgerichten verbleibt. Sachlegitimation zur Klageerhebung gegen die Gemeinde. Feststellungsurteil.

In der Stadt Böblingen zieht sich vom Thorbrunnen am oberen Thor an bis zum „oberen See" eine Dohle, die zunächst die obere Thorgasse unterirdisch quert, dann unter den Häusern No. 433 und 434, weiter (als offener 70 cm breiter Wassergraben) hinter dem Haus Nr. 435, sodann (wieder als Dohle) unter dem Hinterhaus Nr. 435c und dem Haus Nr. 436 und dessen Hofraum verläuft, die öffentliche Straße nach Holzgerlingen quert, weiter durch das Anwesen des Klägers Bärenwirts S. und unter dessen Scheuer, sodann durch das Anwesen des Küfers K. sich unterirdisch hinzieht, den am Nordufer des oberen Sees führenden öffentlichen Weg durchschneidet und schließlich hart an diesem in den oberen See mündet.

Die Klage wurde darauf gerichtet, daß die beklagte

Stadtgemeinde diese Dohle auf ihre Kosten von dem vor dem Haus des Klägers errichteten Schacht an bis zur Ausmündung in den See aufzudecken, zu reinigen und insoweit in Stand zu setzen habe, daß das Wasser wie früher seinen natürlichen Ablauf nach dem oberen See wieder erhalte. Die Klage stützte sich auf die von der Beklagten bestrittene Behauptung, daß die Dohle eine öffentliche Dohle sei.

Das Abwasser des Thorbrunnens kann nach der dort getroffenen Einrichtung in die Dohle einlaufen; außerdem nimmt an dieser Stelle die Dohle vermittelst eines offenen Kandels das Abwasser des Gebäudes Nr. 432 (Wirtschaft zur Sonne) auf, sowie das Tagwasser des zu diesem Haus gehörigen Hofs, der den Hof umstehenden Nebengebäude, der daran anschließenden Berghalde, sowie das Traufwasser des zunächst bei dem Thorbrunnen stehenden Gebäudes Nr. 1 a. In ihrem Lauf von Gebäude 433—436 nimmt die Dohle und der offene Graben die Ab- und Tagwasser der bezeichneten Gebäude auf sowie das von der (hinter diesen Häusern laufenden) Stadtmauer herkommende Wasser. In der Werkstatt hinter dem Haus Nr. 435 ist eine Schachtöffnung in die unter der Werkstatt befindliche Dohle. Der offene Graben, der bis an die Werkstatt führt, ist vor ihr mit einem Rechen abgeschlossen. In der Holzgerlinger Straße befindet sich ein mit einem eisernen Deckel bedeckter Dohlenschacht; der im Verfahren vor der Kreisregierung eingenommene Augenschein hat bei Oeffnung des Schachtdeckels ergeben, daß sich hier eine gewölbte Dohle von 1,35 Meter Höhe und etwa 1,50 Meter Sohlenbreite hinzieht und der Scheitel des Gewölbs 95 cm tiefer als die Straßenfläche liegt. Im Güllenloch des Klägers befindet sich am Boden eine 25—30 cm breite Erhöhung, die nach Angabe des Klägers einen Teil der Dohle, aus einer auf einem Balken aufliegenden Cementröhre bestehend, bildet. Bei der Einmündung in den oberen See liegt die Unterkante des Dohlendeckels in der Höhe des Seespiegels.

Darüber, wann und von wem die Dohle hergestellt

worden ist, hat sich nichts erheben lassen. Nach der Aeußerung des bei der Augenscheinseinnahme der Kreisregierung als Sachverständiger beigezogenen Straßenbauinspektors N. von Ludwigsburg liegt die Dohle zwischen den Gebäuden Nr. 433 und 436 an der Stelle, wo früher die tiefsten Punkte des alten Stadtgrabens waren, der nach Ansicht des Sachverständigen vor Errichtung der erwähnten Gebäude die natürliche Entwässerungsmulde gebildet hat, in der sich von jeher Wasser sammelte, wie dies nach Ansicht des Sachverständigen auch die großen Dimensionen der Dohle in der Straße nach Holzgerlingen bestätigen.

Am 24. Mai 1825 hat ein Rechtsvorgänger des Klägers, Bärenwirt W. von der Stadt einen Platz im Meßgehalt von 2 Viertel „im oberen See, welcher den vergangenen Winter über mit Kies überführt worden ist," im Aufstreich um 225 fl. erkauft; Ziffer 4 der Kaufsbedingungen lautete: „der Graben, welcher durch diesen Platz das Wasser an Bärenwirt W's. Haus herunterführt und durch den gedachten Platz von hinten durchlauft, muß nicht nur von dem Eigentümer unterhalten werden, sondern auch auf der Grenze des Eigentümers den Ablauf haben". Auf einer Karte von Böblingen, die nach einer darauf befindlichen Bemerkung des Geometers W. vom 14. Juli 1899 aus dem Jahr 1830 stammt, ist hinter dem Bären kein Graben verzeichnet, sondern ein Garten, der fast bis an den oberen See reicht und von diesem durch einen schmalen (Weg-)Streifen getrennt ist. Der See erscheint hier eben so weit vom „Bären" entfernt als auf den den jetzigen Zustand darstellenden Lageplänen; dagegen hat der 1818 geborene Posthalter K. von Böblingen am 20. Juli 1899 vor dem dortigen Oberamt angegeben, er wisse, daß der obere See früher bis an den Bären herangereicht habe und daß hinter dem Bären allmählich — wann? erinnere er sich nicht mehr — gegen den See hin Erde zugeführt und so der See bis zu seiner jetzigen Ausdehnung eingeengt worden sei; ebenso hat am 21. Juli 1899 der ebenfalls 1818 geborene Maurer N. von Böblingen vor derselben Behörde angegeben:

der See hinter dem Bären sei etwa in den 30er Jahren aufgefüllt worden.

Weil aus der verschlammten Dohle auf dem Anwesen des Klägers Wasser austrat, ließ sie Kläger im Herbst 1898 mit Letten verstopfen. Auf Beschwerde des Eigentümers des Hauses Nr. 436 machte das Stadtschultheißenamt Böblingen am 19. Oktober 1898 dem Kläger die Auflage, die Dohle wieder zu öffnen, indem es ausführte: der Ortsvorsteher halte die Angelegenheit für öffentlich-rechtlich; das Abwasser der Gebäude Nr. 433—436 und des Thorbrunnens werde durch eine städtische Dohle abgeleitet, die auf das Eigentum des Bärenwirts führe und in die auf dessen Eigentum vorhandene Dohle einmünde. Dieser Auflage ist S. (der Kläger) nachgekommen, nachdem ihm auf die Anzeige eines Beteiligten hin, daß S. die Dohle „noch nicht geöffnet" zu haben scheine, das Stadtschultheißenamt am 4. November 1898 aufgegeben hatte, „die Dohle sofort zu reinigen". In dem Vertrag vom 26. Mai 1897, wodurch Kläger sein jetziges Anwesen gekauft hat, ist die Dohle nicht erwähnt.

Die Klage wurde dadurch veranlaßt, daß aus der Dohle auf dem Anwesen des Klägers hinter dessen Scheuer Wasser hervordringt und die Beklagte dem Ansuchen des Klägers um Abhilfe nicht entsprochen hat. Eine Schachtöffnung bei dem Haus Nr. 436 (gegenüber dem oben erwähnten Einsteigschacht der Dohle), in die das Kandelwasser der Straße lief und Straßenmorast geworfen wurde, hat die Beklagte im Jahr 1897 angebracht, aber auf Verlangen des Klägers wieder geschlossen.

Kläger hat ausgeführt: die in Rede stehende Dohle sei ohne Frage eine städtische; das beweise die Länge ihres Laufs, die Schachtöffnung am Thorbrunnen, der Umstand, daß sie auf städtischem Eigentum beginne und endige, sowie daß sie das Abwasser eines ganzen Stadtteils, insbesondere des städtischen Thorbrunnens und der sämtlichen durchzogenen Gebäude aufnehme. Die Eigenschaft der Dohle als einer städtischen sei denn auch in der Verfügung des Stadtschult-

heißen vom 19. Oktober 1898 anerkannt. Das Austreten von Waſſer aus der Dohle rühre daher, daß ihr ſeit der Errichtung der ſtädtiſchen Waſſerleitung mindeſtens dreimal ſoviel Waſſer zugeführt werde als zuvor, nämlich das ganze Abwaſſer des Thorbrunnens, das die Beklagte früher gegen Entgeld als Nutzwaſſer an Gewerbetreibende abgegeben habe, ſowie daher, daß der in die 1897 angelegte neue Schachtöffnung geworfene Straßenkoth die Dohle verſtopft und verſchlammt habe.

Die Beklagte hat Abweiſung der Klage beantragt, in erſter Linie wegen Unzuläſſigkeit des Verwaltungsrechtswegs, in zweiter Linie aus ſachlichen Gründen. Für die Frage der Zuläſſigkeit des Verwaltungsrechtswegs ſei maßgebend der Anſpruch, wie er ſich nach dem aus Klage und Einrede zuſammengeſetzten Thatbeſtand darſtelle; Beklagte wende aber gegen die Klage ein, daß die Dohle ſich im Privateigentum des Klägers und der Eigentümer der andern von ihr durchzogenen Anweſen befinde und Kläger ſie zu unterhalten und zu reinigen habe; ſtünde aber die Dohle im Privateigentum der Stadtgemeinde, ſo wäre die Verpflichtung der Beklagten zur Reinigung und Inſtandhaltung der Dohle eine privatrechtliche, alſo der Civilrichter zur Entſcheidung des Rechtsſtreits zuſtändig. Daß die Dohle im Privateigentum der Eigentümer der von ihr durchzogenen Anweſen ſtehe, erhelle insbeſondere aus der Thatſache, daß, ſoweit ſie unbedeckt verlaufe, der auf ſie entfallende Flächeninhalt dem betreffenden Hofraum zugemeſſen ſei. Offenbar ſei der vor der Ueberbauung der betreffenden Grundflächen vorhandene offene Graben je bei der Ueberbauung von dem Bauenden überwölbt d. h. in eine Privatdohle umgewandelt worden; der Beklagten ſtehe die privatrechtliche Dienſtbarkeitsberechtigung zu, die Dohle zur Ableitung des Abwaſſers des Thorbrunnens zu benützen. Der obere See habe früher bis an die Gebäude des Bären gereicht; in Ziffer 4 der Aufſtreichsbedingungen von 1825 habe der Rechtsvorgänger des Klägers, W., bei Erwerbung der Grundfläche, durch die ſich der ſpäter in die

Dohle verwandelte Graben hindurchgezogen habe, die Verpflichtung übernommen, diesen Graben zu unterhalten (was allerdings in die öffentlichen Bücher nicht eingetragen worden sei). Erst nachdem der obere See nicht mehr unmittelbar an den bei der Scheuer No. 183a befindlichen Auslauf der Dohle angestoßen sei, habe es einer Verlängerung der Dohle über das Eigentum des Klägers hinaus nach dem Ortsweg und von da in den oberen See bedurft, an welcher Verlängerung nur der Eigentümer des klägerischen Anwesens ein Interesse gehabt habe. Auch der Oberlauf des Grabens sei Eigentum des Bärenwirts gewesen, denn am 17. März 1821 habe Bärenwirt W. zwecks Erbreiterung der Poststraße nach Calw und Herrenberg „seinen vom Haus gegenüber liegenden Garten im Graben" an die Beklagte verkauft. Dadurch sei er genötigt worden, die Dohle in seinen Hof zu verlegen. Auf sein Ansuchen habe ihm der Gemeinderat Böblingen seiner Zeit die Genehmigung erteilt, den durch sein Grundstück führenden Graben unter der Bedingung zu unterdohlen, daß er und seine Rechtsnachfolger die Dohle zu unterhalten und zu reinigen haben; die betreffende Urkunde sei noch 1892 vorhanden gewesen. Die Stadt habe denn auch die Dohle nie reinigen lassen, wohl aber ein Besitzvorgänger des Klägers, Bärenwirt S., in den 80er Jahren. Die Verpflichtungen der Rechtsvorgänger des Klägers in Betreff der Dohle seien auf den Kläger übergegangen, der ja nach dem Kaufvertrag vom 26. Mai 1897 das Anwesen so, wie der Verkäufer es bisher besessen und benützt, gekauft habe. Eine Mehrbelastung der Dohle — zu deren Benützung Beklagte jedenfalls zufolge unvordenklicher Verjährung berechtigt sei — seit Anlegung der städtischen Wasserleitung finde nicht statt; die Anlage der wieder geschlossenen Schachtöffnung könnte nur eine civilrechtliche Verpflichtung der Beklagten zur Folge haben; die stadtschultheißenamtliche Verfügung vom 19. Oktober 1898 enthalte kein Anerkenntnis, daß die Dohle eine öffentliche sei.

Kläger hat erwidert: er und seine Rechtsvorgänger

haben beim Erwerb des Anwesens keine Kenntnis von Bestand und Bestimmung der Dohle gehabt; sein Besitzvorgänger B. *solle* einmal bei Abgraben des Bodens für eine Dunglege und ein Güllenloch auf eine Dohle gestoßen sein und deshalb die Stadt um Abgabe von Cementröhren ersucht haben, die er auch unentgeltlich bekommen habe. Bei Uebergang des Anwesens zum Bären sei nicht notwendig auch das Eigentum an der Dohle mit übergegangen und keinenfalls könne eine angebliche dingliche Last bezüglich der Dohle, wovon weder Kläger noch dessen Rechtsvorgänger gewußt haben, stillschweigend auf den Kläger übergegangen sein. Eine Reinigung der Dohle habe bisher nie stattgefunden. Eine etwaige privatrechtliche Verpflichtung des Klägers als Eigentümers des Bären-Anwesens in Betreff der Unterhaltung der Dohle würde übrigens den geltend gemachten Klaganspruch nicht berühren.

Die *Anlegung* der Dohle sei nicht durch die Eigentümer der von ihr durchzogenen Grundstücke erfolgt; zuerst sei der Graben da gewesen und wenn dessen gänzliche oder teilweise Ueberbauung notwendig geworden sei, so sei damit die Dohle nicht *angelegt*, sondern höchstens überdeckt worden. Bestritten werde, daß W. der Dohle die derzeitige Führung durch das Anwesen zum Bären gegeben habe. Unglaubhaft sei, daß Beklagte der Führung der Dohle von der Bärenwirtsscheuer bis zum oberen See ganz fern gestanden sein sollte: denn die Dohle ende ja auf einem öffentlichen Weg, den die Gemeinde zu planieren und chaussieren habe, und sei unter diesem Weg gemauert und am Auslauf mit Platten belegt. Der obere See habe auch früher nicht bis an die Gebäude des Bären gereicht, sonst wäre er in Keller und Stall gedrungen.

Was die Ziffer 4 der Aufstreichsbedingungen von 1825 betreffe, so stehe in allen seitherigen Kaufverträgen über das Anwesen zum Bären von einer Verpflichtung der dort bezeichneten Art so wenig als in den öffentlichen Büchern. Damals seien die Verhältnisse ganz anders gelegen. Kaufs-

gegenstand sei die Stelle gewesen, wo damals die Dohle ausgemündet sei, und ihre Umgebung, worauf im Winter 1824 Kies angehäuft gewesen sei. Es sei daher selbstverständlich gewesen, daß die Verkäuferin damals dem Käufer die Pflicht auferlegt habe, an der Grenze der neu erworbenen Fläche, d. h. da wo sie aufgehört habe, dem Wasser des Grabens den Ablauf zu erhalten und den Graben überhaupt im Stand zu halten. Inzwischen sei der Graben längst eingedohlt und habe von der Scheuer an eine andere Richtung als früher erhalten, wo er parallel der Holzgerlingerstraße verlaufen sei. Keinenfalls könne die Gemeinde gegenüber ihrer öffentlichrechtlichen Verpflichtung zur Unterhaltung und Reinigung der Dohle sich auf den Aufstreich von 1825 berufen, der nur eine persönliche Verpflichtung des Käufers unter den damaligen Verhältnissen begründet habe.

Die meistverstopfte Stelle der Dohle liege zweifellos gerade vor ihrem Auslauf; hier und auf der Straße vor dem Bären wäre aufzugraben. Dem Kläger die erforderliche Abhilfe zuzumuten, wäre schon deshalb unbillig, weil die Ursache der Verschlammung lediglich in der verfehlten Anlage der weiteren (wieder verschlossenen) Schachtöffnung und dem vermehrten Einlauf in die Dohle liege und Kläger gegen das Ende der Dohle hin der Beteiligte sei.

Beklagte hat noch bemerkt: von einer angeblichen unentgeltlichen Abgabe von Cementröhren an den Rechtsvorgänger des Klägers B. sei ihr nichts bekannt. Kläger und seine Rechtsvorgänger können unmöglich beim Erwerb des Anwesens des Bären keine Kenntnis von Bestand und Bestimmung der unter ihrem Anwesen befindlichen mannshohen Dohle gehabt haben.

Durch den Landjägerstationskommandanten in Böblingen sind Erhebungen über die bisherige Reinigung und Unterhaltung der Dohle angestellt worden, deren Ergebnis in einer Meldung vom 6. Dezember 1899 niedergelegt ist; es wurden hiebei Bewohner der Häuser No. 433—436 vernommen, nach deren Aussage die Dohle auf dieser Strecke

wiederholt von der Stadt aus gereinigt worden sein soll.

Der von der Kreisregierung beigezogene Sachverständige hat seine Ansicht dahin ausgesprochen, daß die Dohle nach Anlage, Verlauf und Benützung öffentlichen Zwecken diene. Beklagte hat demgegenüber betont, daß es nicht Sache des Technikers sei, über die Rechtsfrage, ob die Dohle eine öffentliche sei, zu urteilen.

Am 22. Dezember 1899 hat die K. Regierung für den Neckarkreis ein Urteil dahin verkündet: „die Beklagte ist verpflichtet, die das Anwesen des Klägers durchziehende, am oberen Thorbrunnen in Böblingen beginnende und in den oberen See mündende Dohle zu reinigen und im Stand zu halten". Die Prozeßkosten wurden der Beklagten auferlegt. Die Entscheidungsgründe besagen, unter den Parteien sei zunächst streitig, ob die Dohle in ihrer ganzen Erstreckung eine städtische Dohle sei, stellen dies fest und folgern hieraus die öffentlich-rechtliche Verpflichtung der Beklagten zur Reinigung und Instandhaltung, fügen aber bei, daß die Frage der jeweiligen Notwendigkeit der Reinigung und die Art und Weise derselben nicht von dem Verwaltungsgericht, sondern von den Verwaltungsbehörden zu beurteilen sei.

Gegen dieses den beiderseitigen Anwälten am 12. Januar 1900 zugestellte Urteil hat Beklagte Berufung eingelegt. Ihr Antrag im Berufungsverfahren ging dahin: in erster Linie unter Aufhebung des angefochtenen Urteils den Kläger mit der erhobenen Klage wegen Unzuständigkeit des Verwaltungsgerichts unter Verweisung auf den Civilrechtsweg abzuweisen; in zweiter Linie die Klage aus sachlichen Gründen abzuweisen.

Zur Begründung dieser Anträge hat sie unter Bezugnahme auf ihr gesamtes Vorbringen vor der Kreisregierung ausgeführt: die Zu- oder Aberkennung des geltend gemachten Anspruchs auf Instandhaltung und Reinigung der in Frage stehenden Dohle durch Beklagte hänge in erster Linie ab von der Frage nach den Eigentumsverhältnissen an der Dohle und dem Bestehen etwaiger besonderer, zur Instandhaltung

der Dohle verpflichtender Titel, also von der Entscheidung über privatrechtliche Fragen. Nur wenn über diese entschieden werde, sei eine endgiltige Entscheidung, wie sie die Parteien anstreben, möglich; indem das angefochtene Urteil eine Entscheidung der privatrechtlichen maßgebenden Fragen ablehne, erkläre es, daß die wirkliche Entscheidung des Rechtsstreits von der Beurteilung rein privatrechtlicher Verhältnisse abhängig, das Verwaltungsgericht also nicht zuständig sei. Falls die privatrechtliche Verpflichtung des Klägers zur Reinigung und Instandhaltung des sein Anwesen durchziehenden Teils der Dohle nachgewiesen werde, sei er jedenfalls zur Erhebung der angestellten Klage nicht legitimiert.

Kläger hat Zurückweisung der Berufung beantragt und den Ausführungen der Beklagten widersprochen. Er hat bemerkt: er hätte den Klagantrag dahin erweitern können, daß festgestellt werde, die Dohle sei eine öffentliche; dann wäre sicherlich die Zuständigkeit des Verwaltungsrichters nicht zu bezweifeln. Auf Befragen hat er erklärt; er wisse nicht, ob der nach dem Augenscheinsprotokoll auf seinem Anwesen zwischen seinem Wohnhaus und seiner Scheuer befindliche Schacht, in den auch sein Küchenwasser ablaufe, mit der Dohle in Verbindung stehe.

Die Beklagte hat auf Befragen erklärt: ihre Behauptung gehe dahin, daß dem Kläger die Pflicht, die Dohle zu reinigen, von deren Eintritt in sein Eigentum bis an den oberen See zustehe; zu der Behauptung, daß dem W. seiner Zeit vom Gemeinderat die Genehmigung, den durch sein Grundstück laufenden Graben zu unterdohlen, unter der Bedingung erteilt worden sei, daß er und seine Rechtsnachfolger die Dohle zu reinigen und zu unterhalten haben, können weitere Angaben nicht gemacht und könne Beweis nicht angetreten werden.

Durch am 28. März 1900 verkündetes Urteil hat der Verwaltungsgerichtshof die unterrichterliche Entscheidung, unter Zurückweisung der Berufung, dahin bestätigt: die das Anwesen des Klägers durchziehende, am oberen Thorbrunnen

in Böblingen beginnende und in den oberen See mündende Dohle ist eine öffentliche Dohle und es liegt dem Kläger eine öffentlichrechtliche Verpflichtung, die Dohle vom Beginn seines Anwesens abwärts bis zur Ausmündung in den See durch Reinigung in Stand zu halten, nicht ob.

Gründe:

I. Der Antrag der Beklagten, die Unzulässigkeit des Verwaltungsrechtswegs auszusprechen in dem Sinn, daß der Civilrechtsweg für zulässig erklärt würde, ist nicht begründet. Die Klage stützt sich nicht auf ein Privatrecht des Klägers, sondern der Streit dreht sich zunächst um die von der Beklagten bestrittene Behauptung des Klägers, daß die Dohle eine städtische öffentliche Dohle sei. Indem Beklagte diese Eigenschaft der Dohle bestreitet, macht sie zugleich geltend, daß der Kläger selbst zur Reinigung und Instandhaltung der Dohle verpflichtet sei auf der Strecke, auf der sie das Anwesen des Klägers, des Küfers K. und die Straße am oberen See bis zur Ausmündung in diesen See durchschneidet. Insofern die Beklagte hiemit eine privatrechtliche Verpflichtung des Klägers kraft besonderen Rechtstitels geltend macht, kann allerdings der Verwaltungsrichter darüber, ob diese Verpflichtung besteht, nicht entscheiden, sondern muß die Entscheidung hierüber dem Civilrichter vorbehalten bleiben. Wenn sonach die Entscheidung des Verwaltungsrichters nicht alle in Betreff der Dohle unter den Parteien bestehenden Streitpunkte erledigen kann, so liegt der Grund hievon in der Trennung der Civil- und Verwaltungsrechtspflege, deren Folge ist, daß, wenn ein Streit eine privatrechtliche und eine öffentlich-rechtliche Seite hat, unter Umständen nicht das eine Gericht zur Entscheidung aller Streitpunkte zuständig ist. Dem Civilrichter ist jedoch die Entscheidung darüber, ob der Kläger kraft besonderen Rechtstitels zur Reinigung und Instandhaltung der Dohle auf der angegebenen Strecke verpflichtet ist, nicht vollständig zu überlassen, sondern dieser Streitpunkt scheidet für den Verwaltungsrichter nur insofern aus, als das Bestehen einer privatrechtlichen Verpflich-

tung, die dem Kläger der Beklagten gegenüber obläge, im Streit ist; dagegen hat der Verwaltungsrichter darüber zu entscheiden, ob etwa dem Kläger, falls die Dohle eine öffentliche Dohle ist, eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung zur Reinigung und Instandhaltung der Teilstrecke kraft besonderen Rechtstitels obliegt.

II. In der im württ. Archiv Bd. 22 S. 221 ff. veröffentlichten Entscheidung vom 5. Mai 1888 hat der Verwaltungsgerichtshof die Sachlegitimation der als Klägerin und Beklagten aufgetretenen Parteien darum nicht beanstandet, weil die Klägerin wegen der aus dem damaligen Zustand der Dohle, welche sich unter dem Haus der Klägerin hindurchziehe, für ihr Eigentum sich ergebenden schädlichen Folgen ein rechtliches Interesse an der Beseitigung jenes Zustands habe und die beklagte Gemeinde das wirkliche Zutreffen der rechtlichen Begründung des klägerischen Anspruchs vorausgesetzt als die richtige Beklagte erscheine; das damals von dem Verwaltungsgerichtshof erlassene Urteil stellt sich als ein auf eine Leistungsklage ergangenes kondemnatorisches Urteil dar. Das im vorliegenden Fall von dem Unterrichter erlassene Urteil, das der Fassung des Klagegesuchs nicht vollständig gefolgt ist, hat dem Ausspruch, daß die Beklagte verpflichtet sei, die das Anwesen des Klägers durchziehende und in den oberen See mündende Dohle zu reinigen und im Stand zu halten, in den Urteilsgründen beigefügt, daß die Frage der jeweiligen Notwendigkeit der Reinigung und die Art und Weise derselben nicht von dem Verwaltungsgericht, sondern von den Verwaltungsbehörden in jedem einzelnen Fall zu beurteilen sei. Das Urteil läßt sich somit als ein Feststellungsurteil auffassen, dessen Erwirkung die Angehung der Aufsichtsbehörde der beklagten Gemeinde vorbereiten soll und auch vorzubereiten geeignet ist. Es unterlag für den Unterrichter und unterliegt für den Verwaltungsgerichtshof keinem Anstand, die Klage, falls Kläger eine Leistungsklage erhoben hat, als Feststellungsklage aufrecht zu erhalten, und zwar sieht der Verwaltungsgerichtshof als den

ſtreitigen Gegenſtand der Feſtſtellung an, daß die am oberen Thorbrunnen in Böblingen beginnende und in den oberen See mündende Dohle eine ſtädtiſche öffentliche Dohle ſei und der Beklagten die öffentlich-rechtliche Verpflichtung, die Dohlenſtrecke vom Hauſe des Klägers an bis zur Ausmündung in den See durch Reinigung im Stand zu halten, obliege. Zur Erhebung einer ſolchen Feſtſtellungsklage iſt der Kläger jedenfalls darum als Eigentümer ſeines Anweſens, weil ihn ſelbſt die Beklagte für den Verpflichteten erklärt und er an der alsbaldigen Feſtſtellung des Rechtsverhältniſſes ein rechtliches Intereſſe hat, berechtigt. Nach dem Augenſcheinsprotokoll vom 18. Oktober v. J. befindet ſich zwiſchen dem Wohnhaus des Klägers No. 183 und ſeiner Scheuer No. 183a ein Schacht, der das Tagwaſſer des Hofs aufnimmt, ohne daß erhoben iſt, ob aus dieſem Schacht eine Ableitung in die Dohle ſtattfindet. Es kann jedoch, ob dies der Fall iſt und ob etwa ſonſt der Kläger in Bezug auf Einleitung von Flüſſigkeiten aus ſeinem Anweſen in die Dohle, falls ſie eine öffentliche iſt, in Ausübung eines ihm nach Art. 11 Abſ. 1 der Bauordnung vom 6. Oktober 1872 zuſtehenden Rechts ſich befindet, dahingeſtellt bleiben, da dem Kläger die Berechtigung, die bezeichnete Feſtſtellungsklage anzuſtellen, auch ohne dieſe Vorausſetzung zuzugeſtehen iſt. Daß der Kläger daran, daß das ſtreitige Rechtsverhältnis durch die verwaltungsrichterliche Entſcheidung alsbald feſtgeſtellt werde, ein rechtliches Intereſſe hat, ergiebt ſich ſchon daraus, daß ihm am 4. November 1898 von dem Ortsvorſteher in Böblingen die Auflage, die in ſeinem Eigentum gelegene Strecke der Dohle zu reinigen, unter der Androhung gemacht worden iſt, daß dieſelbe von Polizei wegen auf ſeine Koſten werde gereinigt werden. Außerdem iſt das Vorhandenſein dieſes rechtlichen Intereſſes durch das Augenſcheinsprotokoll und das Gutachten des Straßenbauinſpektors außer Zweifel geſtellt.

III. Der Unterrichter hat mit Recht ausgeſprochen, daß die am oberen Thorbrunnen beginnende und in den oberen

See ausmündende Dohle eine städtische öffentliche Dohle, eine öffentliche Einrichtung der Beklagten ist.

Die Dohle lauft zwar zum kleineren Teil auf städtischem Eigentum, zum weitaus größten Teil auf Privateigentum einzelner Ortseinwohner, insbesondere des Klägers. Letzterer Umstand sowie die Thatsache, daß das Areal des Wasserablaufs, auch wo es sich als offener Graben darstellt, in den öffentlichen Büchern nicht als Eigentum der Beklagten verzeichnet ist, ist aber für die Frage, ob die Dohle eine öffentliche ist, nicht entscheidend. Einmal war nach dem bisherigen Recht die Eintragung im Güterbuch für Existenz und Beweis des Eigentums nicht notwendig, sodann aber muß keineswegs das Areal der Dohle oder des offenen Grabens im Eigentum der Beklagten stehen, wenn die Dohle eine städtische (öffentliche) sein soll, vielmehr kann die Last der Duldung der Dohle auf den betreffenden Grundstücken nach Art einer Dienstbarkeit als öffentlich-rechtliche Servitut ruhen [1]).

Daß die Dohle eine städtische ist, ist zunächst unbedenklich für die Strecke vom oberen Thorbrunnen bis zur Scheuer des Klägers zu bejahen, auf welcher Strecke nach der eigenen Darstellung der Beklagten die Dohle seit unvordenklicher Zeit besteht. Erwägt man, daß die Dohle in beträchtlicher Längenausdehnung an das südliche Ende der Stadt führt und sie ein ganz erhebliches Einzugsgebiet von den Gebäuden vom Gasthof zur Sonne an bis zum Anwesen des Klägers hat, daß die Dohle auf städtischem Eigentum beginnt und sich hier ein Einlauf für das Abwasser des städtischen Thorbrunnens wie auch ein Einlauf für das Wasser eines offenen Kandels befindet, daß nach dem Augenscheinsprotokoll die Dohle zwischen den Gebäuden No. 433—36 sich über den alten Stadtgraben fortsetzt, der vor Errichtung der Gebäude die natürliche Entwässerungsmulde für das sich ansammelnde Wasser bildete, daß die Dohle weiterhin die Holzgerlinger-Straße durchschneidet und von der Beklagten hier ein mit

1) Vergl. auch R.G. 8. Nr. 39; O. Mayer, Verw.-Recht Bd. 2 § 40 S. 167 bei und in Note 4.

eisernem Deckel verschlossener Einsteigschacht hergestellt ist, auch hier die gewölbte Dohle die beträchtlichen Maße von 1,35 Meter Höhe und 1,50 Meter Breite an der Sohle zeigt, daß ferner die Beklagte im Jahr 1897 diesem Schacht gegenüber neben dem Gehweg bei dem Haus No. 436 einen in der Folge wieder beseitigten zweiten Abfallschacht herstellen ließ, in den das Wasser aus den Kandeln der Straße lief und durch den der Straßenkoth in die Dohle geworfen wurde, so ist nicht zweifelhaft, daß die Dohle öffentlichen Zwecken zu dienen bestimmt war und ist, wie ja auch nach den Angaben der vom Landjägerstationskommandanten vernommenen Zeugen diese Strecke der Dohle wiederholt von seiten der Beklagten gereinigt worden war und der Ortsvorsteher von Böblingen in seiner Verfügung vom 19. Oktober 1898 die Dohle bis zum Eigentum des Klägers als eine städtische Dohle bezeichnet hat.

Von der Scheuer des Klägers an bis an den oberen See scheint eine geschlossene Dohle erst nach dem Jahr 1825 hergestellt worden zu sein; es scheint das Wasser noch zur Zeit des Aufstreichs von 1825 in einem offenen Graben abgelaufen zu sein, der auf dem damals städtischen Areal das Wasser der bis zur Scheuer des Klägers sich erstreckenden geschlossenen Dohle aufnahm. Als Fortsetzung der Dohle auf dem städtischen Areal diente der Graben gleichfalls öffentlichen Zwecken. Auffallenderweise hat sich über die Verwandlung des Grabens in die jetzige Dohle nichts erheben lassen; allein dieses Fehlen amtlicher Urkunden läßt sich für die Annahme, daß die jetzige Dohle eine öffentliche Bestimmung nicht erhalten habe, nicht verwerten. Angenommen nicht die Beklagte selbst, sondern ein Rechtsvorgänger des Klägers, wie Beklagte behauptet, habe die Dohle von der Bärenscheuer an hergestellt und hiebei insbesondere auch die Strecken der Dohle hergestellt, die das Eigentum des Küfers K. und die 6—8 Meter breite Gemeindestraße an dem oberen See durchschneiden, so trat nach nächstliegender Annahme die Dohle an die Stelle des Grabens und diente wie diese auch jetzt

noch dem öffentlichen Zweck der Ableitung vornehmlich des in der städtischen Dohle vom Thorbrunnen bis zur Bärenscheuer abfließenden Wassers, neben dem das Wasser, das etwa vom Anwesen des Klägers durch den Schacht zwischen beiden Gebäuden in die Dohle abgeleitet wird, von sehr wenig Belang ist. Die neue Anlage von der Scheuer abwärts konnte der Kenntnisnahme der Gemeindebehörde sich nicht entziehen und es kann nicht anders angenommen werden, als daß die Anlage, wenn sie von einem Rechtsvorgänger des Klägers ausgeführt worden ist, mit ausdrücklicher oder stillschweigender Genehmigung der Gemeindebehörde ausgeführt worden ist. Dafür, daß dieser Rechtsvorgänger unter Entkleidung der Einrichtung von ihrer öffentlich-rechtlichen Bestimmung eine Privatdohle zur Ableitung des Abwassers aus seinem eigenen Anwesen mit der Belastung der Ableitung des aus der städtischen Dohle kommenden Wassers angelegt und unter dem Anwesen des K. und der Straße der Gemeinde in den See geführt habe, fehlen alle Anhaltspunkte. Insbesondere ergeben sich solche nicht aus dem Versteigerungsprotokoll von 1825. Zur Durchführung einer Privatdohle durch das Anwesen des K. hätte der Rechtsvorgänger der Beklagten eine privatrechtliche Dienstbarkeit bedurft.

IV. Hat hienach die Dohle die Eigenschaft einer öffentlichen, dem städtischen Gemeinwesen dienenden Einrichtung, so ist auch die Beklagte diese Einrichtung in einem ihrem Zweck entsprechenden Stand durch Reinigung zu erhalten verpflichtet, falls nicht ausnahmsweise dem Kläger die Verpflichtung für die Strecke vom Haus des Klägers an bis zur Ausmündung in den oberen See, wie der Beklagte behauptet, kraft besonderen Rechtstitels, und zwar, worüber der Verwaltungsgerichtshof allein zu entscheiden hat, als öffentlich-rechtliche Verpflichtung obliegt. Wiewohl es Regel ist, daß ein privatrechtliches Rechtsverhältnis vorliegt, wenn kraft besonderen Rechtstitels die auf Gesetz beruhende Verpflichtung der Unterhaltung einem andern als dem nach ge-

ſetzlicher Vorſchrift Verpflichteten obliegt, ſo iſt doch dieſe Regel nicht in uneingeſchränkter Geltung[1]).

Nur wenn kraft beſonderen Rechtstitels eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung dem andern Rechtsſubjekt obliegt, tritt dasſelbe vollſtändig und mit Wirkung nach außen an die Stelle der nach der Regelvorſchrift verpflichteten Gemeinde oder ſonſtigen Körperſchaft, wogegen die bloße privatrechtliche Ueberwälzung der Unterhaltungspflicht an ein anderes Rechtsſubjekt ein internes Rechtsverhältnis zwiſchen der Gemeinde und dem andern Rechtsſubjekt iſt, ſo daß insbeſondere die Aufſichtsbehörde der Gemeinde u. ſ. w. in der Lage iſt, ihre amtliche Anordnung in Betreff der Erfüllung der Verpflichtung nach geſetzlicher Vorſchrift an die Gemeinde zu richten[2]).

Es kann dahingeſtellt bleiben, ob in Bezug auf die öffentlichen Dohlen der Gemeinden das Landesrecht die öffentlich-rechtliche Verpflichtung eines anderen Rechtsſubjektes an der Stelle der Gemeinde als möglich anerkennt. Jedenfalls iſt dem Aufſtreichsprotokoll von 1825, wonach des Klägers Rechtsvorgänger W. von der beklagten Gemeinde den dieſer gehörigen Platz erkauft und hiebei eine Verpflichtung zur Unterhaltung des dieſen Platz durchlaufenden Waſſergrabens übernommen hat, die Entſtehung eines andern als eines blos privatrechtlichen Rechtsverhältniſſes zwiſchen der Gemeinde und dem Erwerber bezw. ſeinen Rechtsnachfolgern nicht zu entnehmen. Ob aus dieſem privatrechtlichen Vertrag die von der Beklagten behauptete Verpflichtung zur Unterhaltung der bei ſeinem Eigentum beginnenden Dohlenſtrecke — überhaupt und in ihrer ganzen Ausdehnung — in der That abgeleitet werden kann, verbleibt der civilrichterlichen Entſcheidung.

Außerdem hat die Beklagte zwar vorgebracht, dem W.

1) Vergl. Wegordnung vom 3. Oktober 1808 § 1; Geſetz betreffend die zuſammengeſetzten Gemeinden vom 17. September 1853 Art. 7, Entwurf eines Flußbaugeſetzes (in der neueſtens der Ständeverſammlung vorgelegten Faſſung) Art. 6 und 7.

2) Vergl. W.A. 5 S. 437 ff., Amtsblatt des Miniſteriums des Innern 1886 S. 407 ff.

sei seiner Zeit vom Gemeinderat die Genehmigung erteilt worden, den durch ein Grundstück laufenden Graben zu unterdohlen, und es sei ihm dies unter der Bedingung gestattet worden, daß er und seine Rechtsnachfolger die Dohle zu unterhalten und zu reinigen haben. Allein nicht nur ist dieses Vorbringen unerwiesen, sondern es ist auch eine bestimmte Behauptung, daß W. bei der baupolizeilichen Genehmigung eines Bauwesens eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung zur Instandhaltung der Dohlenstrecke bis zum See übernommen habe, gar nicht aufgestellt.

V. Hienach war das angefochtene Urteil unter Zurückweisung der erhobenen Berufung in der aus der Urteilsformel ersichtlichen Fassung zu bestätigen. Die negative Fassung des zweiten Teils des Urteils berücksichtigt, daß die Dohle auch das Anwesen des Küfers K. durchschneidet, der an dem Streit nicht Teil genommen hat. Da sich der Streit auf die Instandhaltung der Dohle in Bezug auf die bauliche Unterhaltung der Ueberwölbung nicht erstreckt hat, ist anstatt der Fassung des unterrichterlichen Urteils: „zu reinigen und im Stand zu halten" die präzisere Fassung: „durch Reinigung im Stand zu halten" gesetzt worden.

Urteil vom 28. März 1900 in der Berufungssache der Stadtgemeinde Böblingen gegen den Bärenwirt Seher daselbst.

6.

Zu § 142 der Gewerbeordnung. Ein auf Grund des § 33 Abs. 3 der G.O. und der Ministerial-Verfügung vom 4. Oktober 1879 erlassenes Ortsstatut kann nur mit Genehmigung der höheren Verwaltungsbehörde wieder aufgehoben werden.

Auf Grund der Bestimmungen des auf der Novelle vom 23. Juli 1879 beruhenden Absatzes 3 des § 33 der Reichsgewerbeordnung und der Verfügung des K. Ministeriums des Innern vom 4. Oktober 1879 (Reg.-Bl. S. 419) hat

der Gemeinderat in Heilbronn am 27. November 1879 durch Ortsstatut festgesetzt, daß die Erlaubnis zum Betriebe der Gastwirtschaft oder zum Ausschänken von Wein, Bier oder anderen als den unter § 2 der angeführten Ministerialverfügung fallenden geistigen Getränken auf der Markung Heilbronn künftig von dem Nachweis eines vorhandenen Bedürfnisses abhängig sein soll. Das Ortsstatut ist von der K. Regierung für den Neckarkreis am 5. März 1880 genehmigt und sodann in der Neckarzeitung veröffentlicht worden. Im Oktober 1890 / Januar 1891 und wiederholt im Juni 1894 faßten die bürgerlichen Kollegien in Heilbronn den Beschluß, dieses Ortsstatut aufzuheben — (im Jahr 1890/91 versuchsweise auf 1 Jahr, im Jahr 1894 unbeschränkt) — und bei Behandlung von Wirtschaftsgesuchen von der Bedürfnisfrage abzusehen. Diesen Beschlüssen wurde jedoch von der Kreisregierung, welche von der Ansicht ausgieng, daß auch für die Aufhebung eines solchen Ortsstatuts die Genehmigung der höheren Verwaltungsbehörde erforderlich sei, mit Erlaß vom 13. Mai 1891 und vom 5. November 1894 die Genehmigung versagt. Im Januar / Mai 1898 aber beschlossen die bürgerlichen Kollegien wieder die Aufhebung des Ortsstatuts und zwar vom 1. Januar 1900 ab. Auch diesen Beschlüssen wurde von der Regierung des Neckarkreises laut Erlasses vom 15. Nov. 1898 die Genehmigung nicht erteilt. Gegen diesen ablehnenden Bescheid hat der Stadtvorstand im Auftrag des Gemeinderats Heilbronn Beschwerde an das K. Ministerium des Innern erhoben. In derselben wurde zunächst geltend gemacht, daß nach der Ansicht des Gemeinderats die Notwendigkeit einer Regierungsgenehmigung für die Rückkehr zu dem gesetzlichen Normalzustand gar nicht vorliege. Von dem K. Ministerium des Innern ist mit Erlaß vom 4. April 1899 die Beschwerde als unbegründet abgewiesen worden. Gegen diese Entscheidung hat der Stadtvorstand, beauftragt von dem Gemeinderat, Rechtsbeschwerde eingelegt.

Durch Urteil vom 2. Mai 1900 hat der Verwaltungsgerichtshof dieselbe als unbegründet zurückgewiesen.

Gründe:

Das K. Ministerium des Innern hatte darüber zu entscheiden, ob die Beschwerde gegen die Entscheidung der K. Kreisregierung, wodurch den auf Aufhebung des den Bedürfnisnachweis einführenden Ortsstatuts gerichteten Beschlüssen der bürgerlichen Kollegien in Heilbronn die Genehmigung versagt worden ist, begründet sei oder nicht, oder mit anderen Worten, ob die Aufrechterhaltung des Bedürfnisnachweises für Heilbronn auch weiterhin notwendig bezw. zweckmäßig sei oder nicht. Die Entscheidung hieng von der Vorfrage ab, ob die betreffenden Beschlüsse überhaupt der Genehmigung seitens der höheren Verwaltungsbehörde bedurften; wurde diese Frage verneint, so entfiel die Notwendigkeit einer weiteren Entscheidung in der Sache selbst; im Falle der Bejahung der Frage mußte diese Entscheidung erfolgen. Das K. Ministerium des Innern hat die Vorfrage bejaht und zur Sache entschieden, daß die Versagung der Genehmigung mit Recht erfolgt sei. Für den Verwaltungsgerichtshof ergiebt sich folgende Stellung:

1) Sieht man von der Vorfrage ab, so kann die Sachentscheidung für sich allein mit der Rechtsbeschwerde nicht angefochten werden, weil die Verwaltungsbehörden bei der Entscheidung darüber, ob die Beschlüsse der bürgerlichen Kollegien zu genehmigen seien oder nicht, in ihrem freien Ermessen nicht beschränkt sind (Art. 13 Abs. 2 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege vom 16. Dezember 1876). Es folgt dies schon aus der Natur des den Gegenstand der Entscheidung bildenden Bedürfnisnachweises, da hiefür nicht sowohl Rechtsgründe, als Zweckmäßigkeits- und Billigkeitserwägungen, welche sich nach den thatsächlichen lokalen Verhältnissen zu richten und Härten bei der Anwendung auf bestehende Verhältnisse zu vermeiden haben, von maßgebender Bedeutung sind[1]).

1) Vergl. § 11 der Vollziehungsverfügung vom 9. November 1883 zur G.O. Reg. Bl. S. 234.

Der Grundsatz der Freiheit des Ermessens ergiebt sich sodann, wie die Ministerialentscheidung zutreffend ausführt, daraus, daß der § 142 G.-O. (§ 33 Abs. 3) eine gegenteilige Vorschrift nicht enthält, während nach anderen Vorschriften der G.-O. statutarischen Bestimmungen die Genehmigung nur unter bestimmten Voraussetzungen versagt werden darf (G.-O. § 84 Abs. 2, 3 § 104b Abs. 2, 3 und dagegen § 100d, § 101 Abs. 2), und ferner daraus, daß bei der Beratung des § 1 Abs. 2 des Gesetzes vom 29. Juli 1890, betreffend die Gewerbegerichte, wornach die Errichtung des Gewerbegerichts für den Bezirk einer Gemeinde durch Ortsstatut nach Maßgabe des § 142 G.-O. zu erfolgen hat, in der Kommission und im Plenum des Reichstags gegenüber einem Antrag, die das Statut genehmigende Behörde — abweichend von der Bestimmung des § 142 G.-O. — auf die Prüfung der gesetzlichen Anforderungen zu beschränken, das freie Ermessen der Behörde bei der Genehmigung des Statuts mit Erfolg gewahrt worden ist[1]).

Auch in der Literatur herrscht Uebereinstimmung in Ansehung dieses Grundsatzes[2]).

2) Anders verhält es sich mit der die Sachentscheidung relativ bedingenden Vorfrage. Dies ist eine reine Rechtsfrage und kann nur nach Rechtsgrundsätzen entschieden werden. Insoweit sind daher die Verwaltungsbehörden nach freiem Ermessen nicht zu verfügen ermächtigt, und insoweit ist auch die Rechtsbeschwerde gegen die die Vorfrage bejahende Entscheidung des Ministeriums an sich nicht ausgeschlossen[3]). Wenn daher in dem Beschwerdeschriftsatz zugegeben wird, daß, von der Vorfrage abgesehen, gegen die Begründung der Entscheidung an und für sich eine Einwendung nicht erhoben

1) Stenographische Berichte 1. Sektion 1890—91, I. Anl. Bd. S. 504 (Komm. Ber.). I. Pr. Bd. S. 323, 325—327, 329—331, S. 333—337, 340, 619—624.

2) v. Schicker G.O. § 142 Anm. 5, v. Landmann G.O. II. § 142 Anm. 5.

3) Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege Art. 13 Absatz 2 „soweit".

werden könne, und hierin die Anerkennung der Beschwerdeführerin gefunden werden kann, für den Fall der Bejahung der Vorfrage die Notwendigkeit bezw. Zweckmäßigkeit der Fortdauer des Bedürfnisnachweises in der Rechtsbeschwerdeinstanz nicht mehr bestreiten zu wollen, so kann diese auf dem Willen der Beschwerdeführerin beruhende Beschränkung der Rechtsbeschwerde nach dem Ausgeführten einem Bedenken nicht begegnen.

3) Die Beschwerde geht davon aus, daß durch das Ortsstatut eine Abweichung von dem sonst geltenden Normalzustand des Gesetzes geschaffen worden sei, und wenn der gesetzliche Zustand wiederhergestellt werden wolle, die höhere Verwaltungsbehörde nicht befugt sei, eine Gemeinde an der Rückkehr zu dem gesetzlichen Zustande zu verhindern. Die Beschwerde hält deshalb die Entscheidung des K. Ministeriums über die Vorfrage für rechtlich unbegründet und fügt bei, daß dadurch die Stadtgemeinde in einem ihr „offenbar" zustehenden Rechte verletzt werde, ohne übrigens das Recht zu bezeichnen, das angeblich verletzt sein soll. Es braucht jedoch auf die Frage, ob die Stadtgemeinde in einem ihr zustehenden subjektiven Recht verletzt oder[1]) mit einer ihr nicht obliegenden Verbindlichkeit belastet sei[2]), nicht eingegangen zu werden, da die Entscheidung des Ministeriums über die Vorfrage als begründet erscheint.

4) Die Frage, ob, wenn eine Gemeinde, welche für einen Beschluß ihrer Vertretung die vorgeschriebene Genehmigung der höheren Verwaltungsbehörde erhalten hat, später diesen Beschluß zurücknehmen oder aufheben will, hiezu gleichfalls der Genehmigung der Verwaltungsbehörde bedarf, kann nicht nach allgemeinen und gleichheitlichen Grundsätzen entschieden werden.

Die Beantwortung der Frage hängt vielmehr von der rechtlichen Natur, welche dem betreffenden Beschluß zukommt, und von der sich hieraus im wesentlichen von selbst

1) Vergl. G.O. § 33 Abs. 4.

2) Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege Art. 13 Abs. 1.

ergebenden rechtlichen Bedeutung der Genehmigung ab. Unter den zahlreichen Beschlüssen einer Gemeinde, für welche eine Genehmigung der staatlichen Behörde erforderlich ist, treten insbesondere zwei Arten hervor, die sich wesentlich von einander unterscheiden. So wird vielfach auf dem Gebiete der kommunalen Vermögensverwaltung die Vornahme gewisser Verwaltungsakte zumeist rechtsgeschäftlicher Art z. B. die Veräußerung von unbeweglichem Vermögen, die Aufnahme von Anlehen u. s. w. an die Genehmigung der staatlichen Aufsichtsbehörde geknüpft. Die Giltigkeit des betreffenden Gemeindebeschlusses und seine Vollziehbarkeit ist durch die Genehmigung bedingt. Die Entscheidung darüber, ob die Genehmigung zu erteilen oder zu versagen sei, ist ein Akt der Dienstaufsicht. Die verfügte Genehmigung hat den Charakter einer Ermächtigung der Gemeinde zur Vornahme des Verwaltungsaktes ohne gleichzeitige Verpflichtung der Gemeinde zur Vornahme desselben. Anders verhält es sich in dem Falle, wenn durch Reichs- oder Landesgesetz den Gemeinden vorbehalten ist, einen an sich dem Gebiete der Reichs- oder Landesgesetzgebung angehörigen Gegenstand von sich aus und nach Maßgabe ihrer örtlichen Verhältnisse und Bedürfnisse durch statutarische Bestimmungen, sei es überhaupt oder in Ergänzung einer bestehenden gesetzlichen Regelung, rechtlich zu ordnen. In diesem Falle sind bei der Abfassung der statutarischen Bestimmungen die nach der Gemeindeverfassung dazu berufenen Gemeindeorgane auf Grund und in den Schranken der gesetzlichen Zulassung als Gesetzgeber thätig. In diesem Falle hat die vorgeschriebene Genehmigung der höheren Verwaltungsbehörde nicht die Bedeutung einer Ermächtigung der Gemeinden zu Erlassung eines Ortsstatuts; denn diese Ermächtigung gewährt schon das den Gegenstand der kommunalen Ordnung überweisende Gesetz beziehungsweise die zu dessen Ausführung ergangene allgemeine Verordnung. Ebensowenig erscheint die Genehmigung nur als ein Akt der Dienstaufsicht, auch wenn die Genehmigung der höheren Aufsichtsbehörde übertragen ist

(G.-O. § 155 Abs. 2), da es sich nicht um eine reine innere Verwaltungsangelegenheit der Gemeinde handelt. Vielmehr stellt sich die Genehmigung selbst wieder als die Mitwirkung zu einem Akt der lokalen Gesetzgebung dar. Erst mit dieser Genehmigung erlangt die statutarische Bestimmung ihre rechtliche Wirksamkeit, die allerdings, wenn auch auf territorial begrenzterem Geltungsgebiete, von nicht geringerer Kraft und Verbindlichkeit ist, wie das die statutarische Regelung zulassende Gesetz. Das Ausgeführte trifft auch für das in Gemäßheit des § 33 Abs. 3 und § 142 der G.-O. und der Ministerialverfügung vom 4. Oktober 1879 beschlossene und genehmigte Heilbronner Ortsstatut zu.

5) Als eine solche lokalgesetzliche Vorschrift bildet das Heilbronner Ortsstatut seit seiner Erlassung für die Markung Heilbronn eine Ergänzung der Bestimmungen der G.-O. über die obrigkeitliche Erlaubnis zum Wirtschaftsbetrieb. Die G.-O. und insbesondere der § 142 enthält darüber, ob die Wiederaufhebung im Wege der Lokalgesetzgebung nur in derselben Weise erfolgen kann, wie die Erlassung der Vorschrift, eine ausdrückliche Bestimmung nicht. Indessen bedarf es einer solchen auch nicht. Zwar geht aus dem Wortlaut des § 33 Abs. 3 in Verbindung mit dem daselbst angezogenen § 142 hervor, daß in diesem Falle unter Ortsstatut nur die den Bedürfnisnachweis festsetzende statutarische Bestimmung zu verstehen ist, und es kann zugegeben werden, daß eine statutarische Bestimmung, die ein solches Ortsstatut abschafft, nicht als ein Ortsstatut in diesem Sinne anzusehen ist. Aber in ihrer materiellen Einwirkung auf den bestehenden Rechtszustand stehen sich die lokalgesetzliche Erlassung eines solchen Ortsstatuts und die lokalgesetzliche Aufhebung desselben trotz der Verschiedenheit ihres Inhaltes vollkommen gleich. Die eine wie die andere statutarische Bestimmung ändert den jeweils bestehenden Rechtszustand durch Einführung eines neuen Rechtssatzes. Dies trifft insbesondere auch zu bei der reinen Aufhebung eines Rechtssatzes, wie sie im vor-

liegenden Falle in Frage steht, da durch die Aufhebung der Gegensatz zum Rechtssatz wird[1]). Eben diese Gleichmäßigkeit der Wirkung läßt daher auch den Schluß gerechtfertigt erscheinen, daß die Aufhebung eines lokalen Rechtssatzes nur unter Mitwirkung derselben Gemeinde- und Regierungsorgane stattfinden kann, deren Mitwirkung zu dem Zustandekommen des Rechtssatzes erforderlich war. Im wesentlichen derselben Ansicht wird auch in dem Erlaß der preußischen Ministerien des Innern und für Handel und Verkehr vom 1. August 1881 dahin Ausdruck gegeben, daß es sich um einen die Bestimmungen der R.-G.-O. ergänzenden Akt der Lokalgesetzgebung handle, auf welchen der allgemeine staatsrechtliche Grundsatz Anwendung finde, daß ein Gesetz nur auf demselben Wege bezw. durch dieselben Faktoren aufgehoben werden könne, wodurch dasselbe zustande gekommen sei[2]). Zwar findet Seydel, Bayer. Staatsrecht V S. 655 Anm. 1 diese Begründung sonderbar und bemerkt: es sei wohl ohne weiteres einleuchtend, daß, wenn jemand eine Genehmigung brauche, um etwas zu bestimmen, er deswegen nicht auch eine Genehmigung brauche, um nichts zu bestimmen. Seydel faßt jedoch augenscheinlich die Genehmigung eines Ortsstatuts als eine bloße Ermächtigung zu Erlassung desselben auf und verkennt jedenfalls die rechtliche Natur der Aufhebung eines Rechtssatzes. Von einem andern Gesichtspunkt aus verneint der Verfasser des Aufsatzes in der Zeitschrift für freiwillige Gerichtsbarkeit Jahrgang 38 (1896) S. 336 ff. S. 367 ff., auf den sich die Beschwerde stützt, die Notwendigkeit der Regierungsgenehmigung: der Satz, daß, was einmal Inhalt eines Gesetzes geworden sei, nur in Gesetzesform wieder beseitigt werden könne, sei der Ausfluß der sog. formalen Gesetzeskraft der Gesetze, und gerade diese komme nur den Gesetzen und nicht auch den Ortsstatuten zu; diese seien vielmehr in formeller Beziehung einfache Beschlüsse der Gemeindeverwaltung, wie irgend welche andere Beschlüsse des Ge-

1) Wächter, württ. Privatrecht II. S. 160 Anm. 1.
2) Reger, Entscheid. VI. S. 409, 410.

meinderats oder der bürgerlichen Kollegien auch. Die Thatsache, daß sie materiell Gesetzeskraft haben, sei also auf die Art ihrer Erlassung und Wiederaufhebung ohne Einfluß .... Eher ließe sich die Notwendigkeit einer staatlichen Genehmigung der Aufhebung solcher Ortsstatute darauf stützen, daß die Mitwirkung von Staatsbehörden vorgeschrieben sei bei jeder Aenderung des bestehenden Rechts. Allein hiegegen komme in Betracht, daß in solchen Fällen die Vorschriften des Gesetzes (der Bauordnung, der Gewerbeordnung u. s. w.) den gesetzlichen Normalzustand darstellen und das den Gemeinden eingeräumte Recht, in gewissem Umfang zur Anpassung an lokale Verhältnisse und Bedürfnisse Ortsstatuten mit gleich verbindlicher Kraft zu erlassen, wie sie den Gesetzesvorschriften selbst zukomme, nur Abänderungen jenes gesetzlich begründeten Rechtszustandes ermögliche. Wenn nun das Gesetz die Mitwirkung staatlicher Behörden zur Erlassung von Ortsstatuten und damit zur Abweichung von dem gesetzlichen Zustand für notwendig erkläre, so folge daraus nicht die Notwendigkeit einer Regierungsgenehmigung auch für die Rückkehr zu dem gesetzlichen Normalzustand d. h. für die reine Abschaffung von Ortsstatuten .... Der Beschluß, wodurch ein Ortsstatut außer Wirkung gesetzt werde, habe zwar statutarische Bestimmungen zum Gegenstand; er stelle aber nicht selbst eine statutarische Bestimmung dar, er ordne die betreffenden gewerblichen Gegenstände nicht, sondern er verzichte auf deren Ordnung.

Indessen findet sich für diese ganze Unterscheidung von Normalzustand, Abweichung von und Rückkehr zu demselben in dem § 33 der G.-O. keine Grundlage. Denn abgesehen davon, daß trotz der Verschiedenheiten in den unmittelbaren Rechtsquellen und in dem territorialen Geltungsgebiet ihrer sachlichen Bedeutung nach die Vorschriften des Abs. 2 zu den Vorschriften des Abs. 3 sich nicht verhalten, wie das Normale zu dem Anormalen bezw. wie die Regel zu der Ausnahme, sondern wie zwei selbständig neben einander bestehende Regeln, so hat in Wahrheit die G.-O. in § 33 die Vorschrift, daß

die Erlaubnis nur, wenn die Voraussetzungen des Abs. 2 Ziffer 1 und 2 vorliegen, zu versagen sei, blos als subsidiäre aufgestellt, die als ausschließlich maßgebend blos dann zur Anwendung kommen könne, wenn die Landesregierung bezw. das Ortsstatut von der ihnen vorbehaltenen Bestimmung und Festsetzung (Abs. 3) keinen Gebrauch machen. Machen sie aber davon Gebrauch, und zwar die bürgerlichen Kollegien mit Genehmigung der Staatsbehörde, so ist für den Gemeindebezirk die Anwendung der reichsgesetzlichen Vorschriften des Abs. 2 Ziffer 1 und 2 als allein giltiger Norm ausgeschlossen. Wie wenig zutreffend die in jenem Aufsatze vertretene Ansicht insbesondere in ihrer Begründung am Schlusse ist, zeigt folgende Erwägung: die Ortsstatuten sind in formeller Beziehung, wenn sie zu ihrer Giltigkeit der Genehmigung der Staatsbehörden bedürfen, nicht einfache Beschlüsse der Gemeindevertretung wie andere Beschlüsse des Gemeinderats oder der bürgerlichen Kollegien. In den verschiedenen Reichsgesetzen kommt eine Reihe von Bestimmungen vor, die in der Weise subsidiär sind, daß sie in Ermangelung entweder von landesgesetzlichen Anordnungen oder von Anordnungen der Landesregierungen[1]) gelten sollen. Die Unterscheidung zwischen Anordnungen der Landesregierungen und Anordnungen in Landesgesetzen drückt aus, daß die letzteren nicht ohne Mitwirkung der Stände zu erlassen sind. Selbstverständlich kann auch die Aufhebung solcher Gesetze nicht ohne Zustimmung der Stände geschehen. Nach jener Ansicht müßte folgeweise die Behauptung aufgestellt werden können, daß ein solcher Willensakt der Staatsgewalt kein „Gesetz" sei, weil er die betreffenden Rechtsverhältnisse nicht ordne, sondern auf deren Ordnung verzichte.

6) Nach dem Ausgeführten muß die Vorfrage (II a. E. und 4) bejaht werden. Derselben Ansicht ist die Mehrzahl der Kommentatoren der Gewerbeordnung[2]) und ihr folgt

---

1) Vergl. eben den § 33 Abs. 3 G.O.

2) v. Schicker § 142 Anm. 5, v. Landmann II. § 142 Anm. 5.

auch die Praxis der Verwaltungsbehörden und Gerichte [1]).

Demgemäß war die Rechtsbeschwerde so, wie im Urteil geschehen, als unbegründet zurückzuweisen.

Urteil vom 2. Mai 1900 in der Rechtsbeschwerdesache der Stadtgemeinde Heilbronn.

7.

Kommt die jeweilige Festsetzung der Gebühren für das Schlachten in einem im Eigentum und Betrieb der Metzgergenossenschaft befindlichen Schlachthaus des bestehenden Schlachthauszwangs wegen dem Gemeinderat für sich allein und gegen den Widerspruch der Metzgergenossenschaft zu?

Der Sachverhalt ergiebt sich aus den

Gründen:

I. Es handelt sich um die Rechtsgiltigkeit eines Beschlusses des Gemeinderats Göppingen vom 8. Septbr. 1899 in Betreff der Gebühren für das Schlachten im Göppinger Schlachthaus. Die Beschwerde behauptet, der Gemeinderat könne nicht von sich aus einseitig diese Gebühren festsetzen, weil das Schlachthaus — wie unbestritten ist — im Eigentum und Betrieb der Göppinger Metzgergenossenschaft, e. G. m. u. H., stehe und daher die bestehenden, die Privatrechte der Genossenschaft berührenden Bestimmungen über die Schlachtgebühren nicht ohne Zustimmung der Genossenschaft geändert werden können.

II. Die Göppinger Metzger haben sich in ihrer Mehrheit laut Statut vom 18. August 1877 zu einer — am 4. Feb-

1) Siehe neben dem unter II. 5 bereits erwähnten Erlaß der preußischen Ministerien des Innern und für Handel und Verkehr § 30 Abs. 3 der Bayerischen Vollzugsverfügung zur G.O. vom 29. März 1892, Urteil des preußischen Kammergerichts vom 20. Juni 1895 (Reger, Entscheid. XVI. S. 144.); vergl. auch den Erlaß des württ. Ministeriums des Innern vom 4. Februar 1889, betr. den Vollzug des Gesetzes vom 16. Dezember 1888 über die Krankenpflegeversicherung u. s. w. (Amtsbl. S. 50.); die württ. Bauordnung vom 6. Oktober 1872 Art. 3 Abs. 4. und die Vollzugsverfügung dazu vom 23. November 1882 § 3 (Reg.-Bl. S. 389).

ruar 1878 in das Genossenschaftsregister eingetragenen — Genossenschaft unter der Firma: „Metzgergenossenschaft Göppingen" vereinigt, deren Zweck die Erbauung und der Betrieb eines neuen Schlachthauses auf einem von der Stadt Göppingen hiezu unentgeltlich überlassenen Platz war. In diesem Statut heißt es in § 3: „In die Kasse des Vereins fließen alle aus dem Betrieb der Anstalt — herrührenden Gebühren. Dagegen hat dieselbe alle Verbindlichkeiten der Genossenschaft zu bestreiten und alle Verbindlichkeiten des künftigen Betriebs zu tragen." § 13 besagt: „der Genossenschaftsversammlung ist vorbehalten die Beschlußfassung über — 8) Entwerfung der Schlachthaus-Ordnung, Vorlegung dieser an die zuständige Verwaltungsbehörde, Feststellung und Genehmigung der Eintritts- und der Schlachtgebühren mit Zustimmung des Gemeinderats und deren Verwendung; in letzterer Richtung jedoch — 9) mit der Bestimmung, daß Mitglieder nur die Hälfte der von einem Nichtmitgliede zu bezahlenden Schlachtgebühr für jedes geschlachtete Stück Vieh zu entrichten verpflichtet sind". Hieran ist die Bestimmung geknüpft, daß Metzger, die das Eintrittsgeld (§ 7) nicht bezahlen wollen, die vierfache Schlachtgebühr eines Mitglieds zu bezahlen haben.

Am 10. September 1878 nahm die Genossenschaft den Entwurf einer Schlachthausordnung an, die sodann dem Gemeinderat „zur Genehmigung vorgelegt" und nach erfolgter Genehmigung öffentlich bekannt gemacht werden sollte. Am 21. September 1878 beschloß der Gemeinderat Göppingen, „den Entwurf einer Schlachthausordnung, wie er von der Metzgergenossenschaft angenommen ist", mit einigen Aenderungen und Zusätzen, „zu genehmigen" und machte sodann die so zu Stand gekommene „Schlachthaus- und Fleischschau-Ordnung" bekannt. Diese setzte in § 1 den Schlachthauszwang für das Schlachten alles großen und kleinen Schlachtviehs fest und bestimmte weiter in § 9: „die Gebühren für das Schlachten betragen 1) für die Mitglieder der Genossenschaft —; 2) für Metzger, welche nicht Mitglieder der Genossenschaft sind: das Vierfache dieser Gebühren der Mit-

glieder; 3) für Private, Wirte und Anstalten: das Doppelte der oben bemerkten Gebühren". Die Schlachthausordnung bildet jetzt den Art. VII des vom Gemeinderat Göppingen am 28. Februar 1895 beschlossenen Ortspolizeistatuts; der § 9 der Schlachthausordnung lautet hier in seinem Eingang: „die Gebühren für das Schlachten betragen dermalen"; die Ziffern 2 und 3 des § 9 stimmen mit den angeführten Ziffern 2 und 3 des § 9 der Schlachthausordnung von 1878 überein. In den „revidierten Statuten der Metzgergenossenschaft Göppingen" vom 17. März 1897 lautet § 4: „Nichtmitgliedern steht die Benützung des Schlachthauses nach Maßgabe der in der Schlachthausordnung" — die nach § 26 „einen integrierenden Bestandteil des Statuts" bildet — „festgesetzten Gebühren offen". In § 14 heißt es: „der Genossenschaftsversammlung ist vorbehalten die Beschlußfassung über — 7) Entwerfung der Schlachthausordnung, Vorlegung dieser an die zuständige Verwaltungsbehörde; 8) Feststellung und Genehmigung der Eintritts-, Schlacht-, Hack- und sonstiger Gebühren und deren Verwendung; in letzterer Richtung jedoch mit der Bestimmung, daß Mitglieder nur die Hälfte der von einem Nichtmitgliede zu bezahlenden Schlachtgebühr für jedes geschlachtete Stück Vieh zu entrichten verpflichtet sind".

Durch Beschluß des Gemeinderats Göppingen vom 30. Dezember 1897 wurde dem § 9 der Schlachthausordnung der Satz beigefügt: „der Metzgergenossenschaft als der Eigentümerin des Schlachthauses wird das Recht eingeräumt, für die Benützung des Schlachthauses zum Zweck der Beschauung von auswärts eingebrachten Fleisches — eine Gebühr von 1 Pfg. pro Pfund zu erheben".

Schon zuvor — im Oktober 1896 — hatte die Metzgergenossenschaft veröffentlicht, daß die Generalversammlung eine Erhöhung der Schlachtgebühren beschlossen habe, die „nach Genehmigung durch Gemeinderatsbeschluß vom 24. September 1896" vom 15. Oktober 1896 ab in Kraft trete.

III. Aus Anlaß der Weigerung der Genossenschaft, den

Metzger F. in Göppingen als Mitglied aufzunehmen (welche Weigerung sich darauf stützte, daß F. dem § 8 Abs. 4 und 5 der Statuten zuwider sich dem Konsumverein Göppingen gegenüber verpflichtet habe, diesem Verein Fleisch gegen Rabatt zu verkaufen), hat der Gemeinderat Göppingen am 8. September 1899 den Beschluß gefaßt, um den es sich bei der gegenwärtigen Rechtsbeschwerde handelt und der dahin geht: „1) Ziffer 2 und 3 des § 9 der Schlachthausordnung in der dermaligen Fassung aufzuheben und an Stelle dieser Ziffern folgende neue Bestimmungen zu treffen: „2) für Metzger, welche nicht Mitglieder der Genossenschaft sind, ferner für Private, Wirte und Speiseanstalten betragen die Gebühren das Doppelte der Mitglieder der Metzgergenossenschaft. Metzger, welchen die Metzgergenossenschaft ohne triftigen Grund den Eintritt in die Genossenschaft verweigert, haben nur die Gebühren zu entrichten, welche die Genossenschaftsmitglieder entrichten"; 2) die Kreisregierung um Genehmigung des Beschlusses Ziffer 1 — gemäß Art. 15 Ziffer 10 des Gesetzes vom 21. Mai 1891 zu bitten".

Diesen Beschluß hat die K. Regierung für den Donaukreis — unter Verwerfung der dagegen seitens der Metzgergenossenschaft eingelegten Beschwerde — auf Grund des Art. 15 Ziffer 10 des Gesetzes vom 21. Mai 1891 mit Beschluß vom 10. November 1899 genehmigt; das K. Ministerium des Innern hat die hiegegen eingelegte Beschwerde der Metzgergenossenschaft mit Erlaß vom 3. Februar 1899 als unbegründet abgewiesen.

IV. Gegen diese Entscheidung des K. Ministeriums des Innern hat, mit gehöriger Vollmacht seitens der Metzgergenossenschaft versehen, Rechtsanwalt Dr. K. rechtzeitig Rechtsbeschwerde eingelegt mit dem Antrag: die ministerielle Entscheidung und den darin bestätigten gemeinderätlichen Beschluß vom 8. September 1899 aufzuheben. Der zu der beantragten mündlichen Verhandlung abgeordnete Vertreter des K. Ministeriums des Innern hat die Abweisung der Beschwerde beantragt.

V. Die Ministerialentscheidung stellt den allgemeinen Satz auf: ein Schlachthaus, dessen ausschließliche Benützung durch Ortsstatut vorgeschrieben sei und dessen allgemeine Benützbarkeit demzufolge auch in so lange, als der Schlachthauszwang daure, von der Gemeinde garantiert sein müsse, sei eine Gemeindeanstalt, deren Benützung, soweit sie infolge des ihr anhaftenden Zwangscharakters erfolge, auch von der Gemeinde reguliert werden müsse, und zieht hieraus die Schluß-Folgerung, daß im vorliegenden Fall die Schlachtgebühren zum mindesten für diejenigen Personen, welche nicht Mitglieder der Genossenschaft seien und auf die sich der Gemeinderatsbeschluß vom 8. September 1899 allein beziehe, vom Gemeinderat ohne Zustimmung der Metzgergenossenschaft und gegen deren Widerspruch festgesetzt werden können.

Der Verwaltungsgerichtshof vermag jenen Satz in solcher Allgemeinheit nicht als im öffentlichen Recht begründet und daher die daraus gezogene Schlußfolgerung nicht als zutreffend anzusehen.

Als „Gemeindeanstalt" kann das Göppinger Schlachthaus nur etwa in einem weiteren Sinn bezeichnet werden. Das Schlachthaus steht weder im Eigentum der Stadtgemeinde Göppingen, noch wird es von ihr betrieben. Die Stadtgemeinde erhebt auch von seiner Benützung keine Gebühren zur Gemeindekasse, sie erhebt insbesondere nicht eine mit Rücksicht auf Leistungen der Gemeinde an diese zu entrichtende öffentliche Abgabe. Die sogenannten Schlachtgebühren, welche die Mitglieder der Genossenschaft und die Nichtmitglieder für die Benützung des Schlachthauses entrichten, fallen vielmehr der Metzgergenossenschaft zu, seitens der Nichtmitglieder als Entgelt dafür, daß die Genossenschaft auf ihre Kosten das Schlachthaus erstellt hat, im Stand hält und betreibt, während in der Gebührenentrichtung der Mitglieder der Genossenschaft sich eine Ausgleichung des Maßes, in welchem die Einzelnen von ihrem genossenschaftlichen Benützungsrecht Gebrauch machen, vollzieht.

Wenn man nun auch davon ausgehen will, die Durch-

führung und Aufrechterhaltung des Schlachthauszwangs setze voraus, daß der Gemeindebehörde ein Recht der Einwirkung auf die Festsetzung der Schlachthausgebühren für diejenigen Personen zustehe, welche nicht Mitglieder der Genossenschaft sind, so ist doch nicht zuzugeben, daß in einem Fall der vorliegenden Art dem Gemeinderat für sich allein und gegen den Widerspruch der Metzgergenossenschaft die dauernde Befugnis der jeweiligen Festsetzung dieser Gebühren, also auch deren Aenderung zustehen müsse. Insbesondere ist dies aus dem Art. 15 Ziffer 10 des Gesetzes vom 21. Mai 1891 betreffend die Verwaltung der Gemeinden, Stiftungen und Amtskörperschaften nicht zu folgern.

Allerdings hätte die Gemeinde die für die Metzgergenossenschaft wertvolle Durchführung des Schlachthauszwangs seiner Zeit an die Bedingung knüpfen können, daß sie jeweils die Schlachtgebühren — wenigstens für Nichtmitglieder der Genossenschaft — festzusetzen befugt sei (nach Anhörung der unmaßgeblichen Vorschläge der Genossenschaft). Allein in dieser Weise ist die Sache thatsächlich nicht geregelt worden, die Gemeinde hat sich vielmehr stillschweigend mit dem ihr von der Genossenschaft eingeräumten Recht der Genehmigung der von der Genossenschaft in Betreff der Schlachtgebühren getroffenen Bestimmungen begnügt: das ergiebt sich unzweideutig sowohl daraus, daß kein Aktenstück vorliegt, aus dem sich ergiebt, daß die Gemeinde sich das Recht ausbedungen hätte, die Schlachtgebühren einseitig von sich aus festzusetzen, als auch daraus, daß der Gemeinderat am 21. September 1878 den von der Genossenschaft angenommenen Entwurf einer Schlachthausordnung, der auch die Festsetzung der Schlachtgebühren enthielt, (mit einigen Aenderungen und Zusätzen) „genehmigt" hat. Hienach konnte der Gemeinderat allerdings auf die erstmalige Festsetzung der Schlachtgebühren einen maßgebenden Einfluß ausüben; die einmal festgesetzte Gebühr konnte aber weder von ihm, noch von der Genossenschaft einseitig, sondern nur auf Grund beiderseitigen Einverständnisses abgeändert werden. An diesem

Rechtsverhältnis konnte der Umstand nichts ändern, daß die Schlachthausordnung (die in ihren polizeilichen Bestimmungen freilich vom Gemeinderat ohne Zustimmung der Metzgergenossenschaft geändert werden kann) im Jahr 1895 ein Teil des Göppinger Ortspolizeistatuts wurde, wie denn auch die Metzgergenossenschaft im Oktober 1896 veröffentlichte, daß gewisse von ihr beschlossene Erhöhungen der Schlachtgebühren durch Gemeinderatsbeschluß genehmigt worden seien, und der Gemeinderat im Jahr 1897 beschlossen hat, für Benützung des Schlachthauses zum Zweck der Beschauung von auswärts eingebrachten Fleisches — nicht etwa bestimmte Gebühren festzusetzen, sondern — „der Metzgergenossenschaft als Eigentümerin des Schlachthauses das Recht einzuräumen", Gebühren in bestimmter Höhe zu erheben, d. h. einen dahin gehenden Beschluß der Metzgergenossenschaft im Voraus zu genehmigen.

VI. Die Ministerialentscheidung nimmt an, daß nach § 4 des revidierten Statuts vom 17. März 1897 die Festsetzung der Gebühren, welche Nichtmitglieder der Metzgergenossenschaft für die Benützung des Schlachthauses zum Schlachten zu bezahlen haben sollen, im Gegensatz zu den von der Genossenschaftsversammlung festzustellenden Gebühren der Mitglieder, wovon in § 14 Abs. 3 Ziffer 8 die Rede sei, ausdrücklich der Schlachthausordnung und damit dem Gemeinderat vorbehalten worden sei, so daß der Metzgergenossenschaft auch hinsichtlich dieses Teils der Schlachthausordnung nur die Befugnis, Vorschläge zu machen, zustehe, und die Ministerialentscheidung zieht hieraus den Schluß, daß auch vom Standpunkt der Statuten der Genossenschaft aus diese durch den Beschluß des Gemeinderats vom 8. September 1899 in keinem ihr zustehenden Recht verletzt sei.

Allein damit, daß in dem § 4 des revidierten Statuts der Metzgergenossenschaft gesagt ist: „Nichtmitgliedern steht die Benützung des Schlachthauses nach Maßgabe der in der Schlachthausordnung festgesetzten Gebühren offen", ist keineswegs bestimmt oder anerkannt worden, daß dem Gemeinderat

das Recht zustehe, diese Gebühren einseitig von sich aus festzusetzen; denn die in der Schlachthausordnung festgesetzten Gebühren sind ja eben von der Genossenschaft mit Genehmigung des Gemeinderats festgesetzt und die Schlachthausordnung ist in § 26 des revidierten Statuts für einen „integrierenden Bestandteil des Statuts" erklärt.

VII. Hienach war der Gemeinderat Göppingen nicht befugt, die bestehenden Bestimmungen über die von Nichtmitgliedern der Genossenschaft zu zahlenden Schlachtgebühren einseitig, im Widerspruch mit der Metzgergenossenschaft, zu ändern, wie er dies durch den Beschluß vom 8. Septbr. 1899 gethan hat; dieser Beschluß verletzte vielmehr die Rechte der Metzgergenossenschaft.

Die Entscheidung des K. Ministeriums des Innern, welche die Beschwerde der Metzgergenossenschaft gegen den Bescheid der K. Regierung des Donaukreises vom 10. November 1899 als unbegründet abgewiesen hat, ist somit im öffentlichen Recht, worauf sie gestützt ist, nicht begründet, und da durch sie die Metzgergenossenschaft in einem ihr zustehenden Recht verletzt ist, ist sie nach Art. 13 des Gesetzes vom 16. Dezember 1876 über die Verwaltungsrechtspflege außer Wirkung zu setzen; demzufolge treten auch der Bescheid der K. Kreisregierung und der Beschluß des Gemeinderats Göppingen vom 8. September 1899 in seinen Ziffern 1 und 2 außer Kraft.

Urteil vom $\frac{27.\ \text{Juni}}{4.\ \text{Juli}}$ 1900 in der Rechtsbeschwerdesache der Metzgergenossenschaft Göppingen.

8.

Zu Art. 15 Abs. 2 Nr. 1 und Art. 17 des Bundesgesetzes vom 1. Juni 1870 über die Erwerbung und den Verlust der Reichs- und Staatsangehörigkeit.

Mit Beschluß vom 4. Januar 1900 hat die K. Kreisregierung in Ludwigsburg dem Beschwerdeführer Friedrich

August B., Kaufmann in Mailand, die von ihm am 18. November 1899 nachgesuchte Entlassung aus der Württembergischen Staatsangehörigkeit aus dem Grunde, daß B. seiner Militärpflicht nicht genügt hat, mit Bezug auf den an die Kreisregierungen ergangenen Erlaß des K. Ministeriums des Innern vom 6. Oktober 1881 (Amtsblatt S. 300) versagt. Die hiegegen von B. erhobene Beschwerde ist von dem K. Ministerium des Innern am 6. März 1900 als unbegründet abgewiesen worden. Gegen diese Entscheidung hat der Bevollmächtigte des B. die Rechtsbeschwerde des Art. 13 des Gesetzes vom 16. Dezember 1876 über die Verwaltungsrechtspflege an den Verwaltungsgerichtshof erhoben.

Durch Urteil vom 19. September hat der Verwaltungsgerichtshof die Rechtsbeschwerde für begründet erklärt und die Ministerialentscheidung außer Wirkung gesetzt [1]).

Gründe:

I. Die angefochtene Entscheidung des K. Ministeriums des Innern stellt fest, daß der am 31. März 1871 in Untermberg Oberamts Vaihingen geborene, durch Abstammung dem Württembergischen Staat angehörige Beschwerdeführer bis jetzt seiner Militärpflicht nicht genügt hat und daß nach der an das Oberamt Vaihingen gerichteten Mitteilung des Ersten Staatsanwalts bei dem K. Bayerischen Landgericht München I vom 1. Dezember 1899 ein gerichtliches Verfahren gegen B. wegen Verletzung der Wehrpflicht schwebt, und führt aus: Allerdings bestimme § 17 des Reichsgesetzes vom 1. Juni 1870 über die Erwerbung und den Verlust der Reichs- und Staatsangehörigkeit, daß aus anderen als aus den im § 15 bezeichneten Gründen in Friedenszeiten die Entlassung aus dem Staatsverbande nicht verweigert werden dürfe, und im § 15 Abs. 2 Ziffer 1 des Gesetzes sei nur von Wehrpflichtigen, welche sich im Alter vom vollendeten 17. bis zum vollendeten 25. Lebensjahre befinden, die Rede; allein das Ministerium

1) Aus Veranlassung dieser Entscheidung ist der Ministerialerlaß vom 6. Oktober 1881 von dem K. Ministerium des Inneren durch Erlaß vom 2. Oktober 1900 (Amtsblatt S. 394) aufgehoben worden.

habe stets daran festgehalten, daß solchen Militärpflichtigen, welche bereits das 25. Lebensjahr zurückgelegt haben, über deren Dienstpflicht aber, weil sie sich vor den Ersatzbehörden nicht gestellt haben, eine endgiltige Entscheidung noch nicht getroffen worden sei, die Erteilung der Entlassungsurkunde insolange versagt werden müsse, bis die Militärpflicht der betreffenden Personen erloschen sei (§ 22 und § 36 Ziffer 4 der Wehrordnung vom 22. November 1888) oder bis sie ein Zeugnis der Ersatzkommission darüber beigebracht haben, daß sie die Entlassung nicht bloß in der Absicht nachsuchen, um sich der Dienstpflicht im stehenden Heere oder in der Flotte zu entziehen. Denn aus den Ziffern 1 bis 3 des § 15 a. a. O. erhelle, daß allgemein die Auswanderung Wehrpflichtiger vor erreichter Militärpflicht und vor endgiltiger Entscheidung über die Dienstpflicht nur dann zulässig sein solle, wenn der Nachweis erbracht sei, daß die Entlassung nicht in der Absicht, sich der Dienstpflicht zu entziehen, nachgesucht werde. Die Annahme, daß das Gesetz hievon gerade in denjenigen Fällen, in welchen der Militärpflichtige sich erwiesenermaßen der Dienstpflicht über das 25. Lebensjahr hinaus bereits entzogen habe, eine Ausnahme habe machen wollen, würde in Widerspruch damit stehen, daß die Militärpflicht in solchen Fällen erst mit dem Erlöschen der Wehrpflicht d. h. mit dem vollendeten 45. Lebensjahre ende (§ 4 Ziffer 3 und § 36 Ziffer 4 Abs. 2 der Wehrordnung) und daß für die Fortdauer der Militärpflicht die Staatsangehörigkeit die Voraussetzung bilde. Ein Recht auf Entlassung aus letzterer vor erfüllter Militärpflicht würde ferner in den in Rede stehenden Fällen einem Recht auf Entziehung von der Wehrpflicht nach vollendetem 25. Lebensjahre durch Auswanderung gleichkommen, was der Absicht des Gesetzes schon deshalb nicht entsprechen könne, weil eine solche Entziehung regelmäßig nach § 140 Ziffer 1 des Strafgesetzbuchs auch dann strafbar sei, wenn der Militärpflichtige das 25. Lebensjahr bereits überschritten habe.

Das K. Ministerium des Innern hat die in dem Erlasse

vom 6. Oktober 1881 veröffentlichte Auslegung des § 15 Abs. 2 no. 1 des Bundesgesetzes vom 1. Juni 1870 festgehalten, obwohl, wie aus den von dem K. Ministerium dem Verwaltungsgerichtshof zur Einsichtnahme mitgeteilten Akten sich ergiebt, bei einer Erörterung, welche kurze Zeit nachher zwischen der K. Regierung und der Reichsverwaltung über die Auslegung dieser und einer anderen Bestimmung des Bundesgesetzes stattgefunden hat, der Staatssekretär des Innern im Einvernehmen mit der K. Preußischen Regierung am 6. April 1882 sich dahin ausgesprochen hatte, daß die in dem Erlasse vom 6. Oktober 1881 von dem Ministerium dem § 15 Abs. 2 no. 1 gegebene Auslegung in dieser Allgemeinheit nicht für begründet erachtet werde; auch nach wiederholter Prüfung der Rechtsfrage glaubte das K. Ministerium auf seiner Auffassung beharren zu müssen. In gleichem Sinn hat das K. Sächsische Ministerium des Innern im Einvernehmen mit dem Kriegsministerium die bei Reger, Entscheidungen 2c. Bd. VIII S. 409 und Bd. IX S. 106 abgedruckte Verordnung vom 5. Oktober 1887 erlassen. Der Kommentator des Bundesgesetzes vom 1. Juni 1870 Dr. Cahn, Kaiserlicher Legationsrat im Auswärtigen Amt, hat auch in der zweiten (1896 erschienenen) Auflage seines Werks S. 128 not. 8 sich für diese Auslegung erklärt, die auch Siegel in Hirth's Annalen Jahrgang 1893 S. 787 verteidigt.

Dagegen ist bisher die Ansicht, daß der § 15 Abs. 2 no. 1 des Bundesgesetzes auf Wehrpflichtige, welche das 25. Lebensjahr vollendet haben, nicht anwendbar sei, von Seydel in Hirth's Annalen Jahrgang 1883 S. 577 ff. und in dessen Lehrbuch des Bayerischen Staatsrechts 1. Auflage I S. 543 not. 1, von G. Meyer, Deutsches Staatsrecht 3. Aufl. § 77 not. 9 und von Laband Staatsrecht des Deutschen Reichs 3. Aufl. II S. 599 not. 4 verteten worden, an welchem Orte auch angeführt ist, daß das Preußische Ministerium des Innern in einem Berichte vom 21. Juli 1883 an den Reichskanzler sich unter Berufung auf das frühere preußische Recht für das Recht auf Entlassung erklärt und

diese Ansicht die Billigung des Reichskanzlers gefunden habe und daß auch in Bayern in diesem Sinne verfahren werde — wovon auch, wie aus den von dem K. Ministerium des Innern dem Verwaltungsgerichtshof zur Einsichtnahme mitgeteilten Akten sich ergiebt, die K. Bayerische Regierung im Jahre 1882 auf Erkundigung der K. Regierung Kenntnis gegeben hat. Neuestens ist die streitige Frage auch bei dem K. Preußischen Oberverwaltungsgericht in dem bei Reger a. a. O. Bd. XX S. 229 ff. abgedruckten Urteil vom 2. Juni 1899 zur Entscheidung gekommen, das einen Wehrpflichtigen betrifft, der wegen der Verletzung der Wehrflicht durch rechtskräftiges gerichtliches Urteil zu Geld- oder Gefängnisstrafe verurteilt worden war.

Das Urteil des Preußischen Oberverwaltungsgerichts lautet zunächst dahin, daß in Friedenszeiten den Wehrpflichtigen, welche das 25. Lebensjahr vollendet haben, die von ihnen (ohne den Nachweis des Erwerbs der Staatsangehörigkeit in einem andern Bundesstaat) beantragte Entlassung aus der Staatsangehörigkeit wegen Nichtbeibringung des Zeugnisses der Ersatzkommission nicht versagt werden kann. In Uebereinstimmung mit der eingehenden Begründung dieser Entscheidung vermag der Verwaltungsgerichtshof den Satz in der angefochtenen Ministerialentscheidung vom 6. März, aus den Ziffern 1 bis 3 des § 15 des Bundesgesetzes erhelle, daß allgemein die Auswanderung Wehrpflichtiger vor erreichter Militärpflicht und vor endgiltiger Entscheidung über die Dienstpflicht nur alsdann zulässig sein solle, wenn das Zeugnis der Ersatzkommission beigebracht werde, nicht als zutreffend anzuerkennen.

Sicherlich ist eine völlige Harmonie zwischen den Bestimmungen über die Wehrpflicht und den Vorschriften des Bundesgesetzes vom 1. Juni 1870, wenn der § 15 Abs. 2 no. 1 nach dem Wortlaute angewendet wird, nicht vorhanden und wird der Zweck der letzteren Vorschrift, die den Bestrebungen Wehrpflichtiger, sich durch Ausscheiden aus der Staatsangehörigkeit der Dienstpflicht zu entziehen, vorbeugen will,

nicht vollständig erreicht, wenn nicht jeder Wehrpflichtige, über dessen Dienstpflicht eine endgiltige Entscheidung noch nicht getroffen ist, den Nachweis beibringen muß, daß er nicht sich der Dienstpflicht entziehen will. Es ist deshalb nicht in Abrede zu stellen, daß bei der Erlassung des Bundesgesetzes triftige Gründe dafür sich hätten geltend machen lassen, die Entlassung der Wehrpflichtigen aus dem Staatsverbande in dieser Weise zu regeln. Allein eine dahin gehende Absicht der gesetzgebenden Faktoren ist nirgends zum Ausdruck gekommen. Auch bei der Normierung des Verlusts der Staatsangehörigkeit durch Zeitablauf in § 21 des Bundesgesetzes ist für Wehrpflichtige, welche sich der Militärpflicht entziehen, keine Ausnahme gemacht und andererseits tritt, wenn die Voraussetzungen des § 11 des Reichsmilitärgesetzes vom 2. Mai 1874 vorliegen, eine Militärpflichtigkeit ohne Staatsangehörigkeit ein.

Die Begründung der Entscheidung des Preußischen Oberverwaltungsgerichts legt überzeugend dar, daß im Hinblick auf § 6 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 9. November 1867 über die Verpflichtung zum Kriegsdienste und die Militär-Ersatzinstruktion für den Norddeutschen Bund vom 26. März 1868, welche zur Zeit der Erlassung des Bundesgesetzes vom 1. Juni 1870 die Wehrpflicht regelten, die gesetzgebenden Faktoren nicht die Absicht haben konnten, in dem § 15 Abs. 2 no. 1 mit dem Zeitpunkte der Vollendung des 25. Lebensjahrs den Zeitpunkt, in welchem die Militärpflicht erlischt, zu bezeichnen; vergl. aus jener Militär-Ersatzinstruktion, die in Württemberg durch die Ministerialverfügung vom 6. Aug. 1871 (Reg.-Bl. S. 199 ff.) zur Verkündigung gebracht worden ist §§ 2 no. 3 lit. a—d, 38, 44 no. 5, 159 no. 2, 172 no. 4 173 no. 2, 175 no. 3 Abs. 2, wo für die Militärpflichtigen welche sich der Einstellung entzogen haben, die Fortdauer der Militärpflicht über das dritte Konkurrenzjahr hinaus ohne die Zeitgrenze des vollendeten 25. Lebensjahres ausgesprochen ist und Zurückstellungen über das vollendete 25. Lebensjahr hinaus für zulässig erklärt sind. Der Wortlaut des § 15

Abſ. 2 no. 1 des Bundesgeſetzes iſt beſtimmt und klar und auch der Inhalt der Motive giebt für die Auslegung, welche das K. Miniſterium bisher befolgt hat, keinen Anhalt. Die allgemeine Begründung des Geſetzesentwurfs, welche das in den einzelnen Staaten des Norddeutſchen Bundes über die Erwerbung und den Verluſt der Staatsangehörigkeit geltende Recht darlegt, führt an: die im Intereſſe der allgemeinen Wehrpflicht geſetzlich vorgeſchriebenen Beſchränkungen der Auswanderungsfreiheit ſeien am ſyſtematiſchſten in Preußen durchgeführt; danach dürfe die Entlaſſung aus dem Unterthanenverbande nicht erteilt werden 1) männlichen Unterthanen, welche ſich in dem Alter vom vollendeten 17. bis zum vollendeten 25. Lebensjahre befinden, bevor ſie ein Zeugnis der Kreiserſatzkommiſſion darüber beigebracht haben, daß ſie die Entlaſſung nicht bloß in der Abſicht nachſuchen, um ſich der Ableiſtung der Militärpflicht im ſtehenden Heere zu entziehen. Die Begründung des § 15 beſchränkt ſich auf die Bemerkung, daß der § die im Intereſſe der Wehrpflicht und des Staatsdienſtes nötigen Beſchränkungen der Auswanderungsfreiheit enthalte, und zu § 17 iſt in den Motiven geſagt: die Partikularvorſchriften, nach welchen die Entlaſſung aus dem Staatsverbande mit Rückſicht auf beſtehende Privat- und andere Verpflichtungen verweigert oder verzögert werden dürfe, kommen durch dieſen § in Wegfall, während ſelbſtverſtändlich die Anwendung prozeßrechtlicher Sicherungsmaßregeln nicht ausgeſchloſſen werden ſolle. In dieſen Stellen der Motive findet der Satz der angefochtenen Entſcheidung, daß ſolchen Militärpflichtigen, welche bereits das 25. Lebensjahr zurückgelegt haben, über deren Dienſtpflicht aber, weil ſie ſich vor den Erſatzbehörden nicht geſtellt haben, eine endgiltige Entſcheidung noch nicht getroffen worden iſt, die Erteilung der Entlaſſungsurkunde inſolange verſagt werden müſſe, bis ihre Militärpflicht nach §§ 22 und 36 no. 4 der Wehrordnung erloſchen ſei oder ſie das Zeugnis der Erſatzkommiſſion beigebracht haben, keine Unterſtützung. Auch läßt ſich dieſer Satz mit der Erwägung, daß die Ent-

ziehung von der Wehrpflicht regelmäßig nach § 140 Ziffer 1 des Strafgesetzbuchs auch dann strafbar sei, wenn der Militärpflichtige das 25. Lebensjahr bereits überschritten hat, nicht begründen. Das Strafgesetzbuch bestimmt nicht die Voraussetzungen, unter welchen die Auswanderung verboten ist, sondern lediglich die Folgen des unerlaubten Aufenthalts außerhalb des Bundesgebiets. Ebensowenig läßt sich für jenen Satz die Argumentation Siegel's a. a. O. S. 787 verwenden, daß durch die Entlassung aus der Staatsangehörigkeit das unerlaubte Verweilen des Militärpflichtigen im Auslande in ein erlaubtes umgewandelt würde und hiezu eine staatliche Behörde die Hand nicht bieten könne und dürfe. Durch die Entlassung aus der Staatsangehörigkeit wird die aus dem § 140 Ziffer 1 des Strafgesetzbuchs folgende Strafbarkeit des vor der Entlassung liegenden Verhaltens nicht geändert; dieses Verhalten bleibt strafbar, die Entlassung bewirkt nur, daß, indem der aus dem Staatsverbande ausscheidende von der mit der Staatsangehörigkeit verbundenen Militärpflicht für die Zukunft entbunden wird, der strafbare Zustand der Verletzung der Wehrpflicht, der sonst bis zum Ende der Wehrpflicht hätte dauern können, ein Ende nimmt und die Verjährung der Strafverfolgung zu laufen beginnt[1]).

Der Verwaltungsgerichtshof hat hienach auszusprechen, daß die Entscheidung des K. Ministeriums des Innern vom 6. März, insofern sie die Beschwerde des B. gegen die von der K. Kreis-Regierung beschlossene Versagung der Entlassung aus dem Württembergischen Staatsverbande mit der bezeichneten Auslegung des § 15 Abs. 2 no. 1 des Bundesgesetzes verworfen hat, im öffentlichen Rechte nicht begründet ist.

II. Eine wesentlich verschiedene Frage ist es, ob und unter welchen Voraussetzungen Wehrpflichtigen im Alter vom vollendeten 25. Lebensjahre, gegen welche wegen Verletzung der Wehrpflicht ein Strafverfahren gemäß § 140 Ziffer 1 des Straf-

1) Vergl. Olshausen Komm. zum St.G.B. 5. Aufl. I. S. 561 Note 13, Laband a. a. O. S. 601 Note 1.

geſetzbuchs und §§ 470 ff. der Str.Pr.O. eingeleitet worden iſt, mit Rückſicht auf die Durchführung dieſes Strafverfahrens die Erteilung oder die Aushändigung der Entlaſſungsurkunde (nach § 18 Abſ. 1 des Bundesgeſetzes tritt mit dem Zeitpunkte der Aushändigung der Verluſt der Staatsangehörigkeit ein) ſpäteſtens inſolange, bis die Strafe vollſtreckt oder Verjährung der Strafvollſtreckung eingetreten iſt, vorenthalten werden darf. Im Sinne der Zuläſſigkeit einer ſolchen Vorenthaltung, für die in den oben angeführten Motiven zu dem § 17 des Bundesgeſetzes eine Grundlage gegeben iſt, hat ſich das erwähnte Schreiben des Staatsſekretärs des Innern ausgeſprochen und auch in Bayern iſt nach der damals von der K. Bayeriſchen Regierung gemachten Mitteilung die Anſicht befolgt worden, daß aus prozeßrechtlichen Gründen die Entlaſſungsurkunde von den zuſtändigen Gerichten und Behörden beſchlagnahmt werden könne. Das Preußiſche Oberverwaltungsgericht hat in einem Urteil vom 14. September 1887, abgedruckt bei Reger, Entſcheidungen Bd. VIII S. 277, worin es die Verweigerung der Entlaſſung aus dem Staatsverbande wegen eines Steuerrückſtands für unzuläſſig erklärte, bemerkt: von dieſer Entſcheidung unberührt müſſe die Frage bleiben, auf welche die angeführte Stelle der Motive hinweiſe, ob und eventuell unter welchen Vorausſetzungen und auf welche Zeitdauer etwa die mit der Beitreibung von Steuerrückſtänden im Verwaltungszwangsverfahren betraute Vollſtreckungsbehörde berechtigt ſei, die für den Schuldner ausgefertigte Entlaſſungsurkunde zur Sicherung der Zwangsvollſtreckung mit Beſchlag zu belegen und ſo deren Aushändigung an den Schuldner zu hindern (§ 55 der Preußiſchen Verordnung vom 7. September 1879 über das Verwaltungszwangsverfahren in Verbindung mit §§ 798 und 812, jetzt §§ 918 und 933 der Civilprozeßordnung); ſei ein ſolcher Arreſt verhängt und ſehe ſich infolge deſſen die höhere Polizeibehörde außer ſtande, die Ausfertigung der Entlaſſungsurkunde auszuhändigen, ſo müſſe der Schuldner hievon in Kenntnis geſetzt werden und erlange

so die Möglichkeit, die etwaige Unzulässigkeit und Wiederaufhebung des Arrestes bei der der Vollstreckungsbehörde vorgesetzten Dienstbehörde darzuthun beziehungsweise nachzusuchen. Im Anschluß an diese Ausführung wiederholt die oben angeführte Entscheidung des Preußischen Oberverwaltungsgerichts vom 2. Juni 1899, daß die erwähnte Stelle der Motive zu § 17 des Bundesgesetzes nicht die Bedeutung einer Ermächtigung der höheren Verwaltungsbehörde, die Entlassung im Widerspruch mit dem Wortlaut des Gesetzes zu verweigern, haben sollte, sondern nur die Bedeutung einer Feststellung, daß das Gesetz die Beschlagnahme der für den Antragsteller ausgefertigten Entlassungsurkunde nicht hindere. Das von der Beitreibung von Steuerrückständen Gesagte wird sodann auf die Vollstreckung gerichtlich erkannter Strafen angewendet: diese gehöre ebensowenig wie die Beitreibung rückständiger Steuern zu den Aufgaben der höheren Verwaltungsbehörde, welcher die Erteilung der Entlassung obliege; sie könne deshalb auch nicht, um die Vollstreckung gerichtlicher Strafen zu sichern, die Erteilung der Entlassungsurkunde oder ihre Aushändigung aus eigener Entschließung verweigern, sondern sie habe nur zu prüfen, ob im Bundesgesetz anerkannte Versagungsgründe vorliegen; sei das nicht der Fall, so müsse sie die Urkunde erteilen und den nach § 483 der Strafprozeßordnung berufenen Vollstreckungsbehörden (Staatsanwaltschaft oder Amtsgericht) überlassen, ob sie eine Beschlagnahme der ausgefertigten Urkunde für ein rechtlich zulässiges und geeignetes Mittel halten, die Vollstreckung der erkannten Strafe zu sichern. Ausgeschlossen werde dadurch nicht, daß in Erfüllung der allgemeinen polizeilichen Aufgabe, bei der Verfolgung strafbarer Handlungen mitzuwirken, die höhere Verwaltungsbehörde den Vollstreckungsbehörden von dem gestellten Antrage Mitteilung mache und ihnen dadurch Gelegenheit gebe, von einer etwaigen Befugnis zur Beschlagnahme Gebrauch zu machen; geschehe dies, so werde sie den Antragsteller davon in Kenntnis zu setzen haben, dem gegen die Anordnung der Vollstreckungsbehörde die in den §§ 490 und 495 der Strafprozeßordnung beziehungsweise

den in letzterer Vorschrift angeführten Bestimmungen der Civilprozeßordnung zugelassenen Rechtsmittel zustehen.

Aus der allgemeinen Aufgabe der Verwaltungsbehörden, bei der Ausübung ihrer Amtsbefugnisse so zu verfahren, daß die Erfüllung der den Staatsangehörigen obliegenden Pflichten sowie die Wirksamkeit der Strafrechtspflege nicht beeinträchtigt, sondern gefördert wird, ist auch nach der Ansicht des Verwaltungsgerichtshofs im Hinblick darauf, daß der § 17 des Bundesgesetzes vom 1. Juni 1870 dem Antragsteller gegenüber der höheren Verwaltungsbehörde ein Recht auf die Erteilung der nachgesuchten Entlassung, falls nicht der Thatbestand des § 15 zutrifft, oder nicht für die Zeit des Kriegs oder der Kriegsgefahr besondere Anordnung des Bundespräsidiums ergeht, beilegt, sowie im Hinblick auf die Fassung der angeführten Stelle der Motive zu dem § 17 nicht abzuleiten, daß die höhere Verwaltungsbehörde, welche über den Entlassungsantrag zu erkennen hat, aus ihrer eigenen Entschließung zur Sicherung der Durchführung eines gegen den Antragsteller wegen Verletzung der Wehrpflicht anhängigen Strafverfahrens die Entlassung zu versagen verpflichtet oder berechtigt sei. Der Verwaltungsgerichtshof ist übrigens seine Entscheidung hierauf zu erstrecken nicht veranlaßt, da eine Verfügung solchen Inhalts nicht ergangen ist. In dem Beschlusse der K. Kreisregierung ist das Strafverfahren gegen den Beschwerdeführer gar nicht erwähnt; in der Entscheidung des K. Ministeriums ist zwar angeführt, daß nach der von dem Ersten Staatsanwalt bei dem K. Bayerischen Landgericht München I am 1. Dezember 1899 an das Oberamt Vaihingen gerichteten Mitteilung gegen den Beschwerdeführer ein gerichtliches Verfahren wegen Verletzung der Wehrpflicht schwebe, aber die Abweisung der gegen den Beschluß der Kreisregierung erhobenen Beschwerde ist nicht hierauf gegründet. Die Mitteilung, welche sodann der genannte Erste Staatsanwalt am 7. Mai 1900 der K. Kreisregierung gemacht hat, geht dahin, daß die Straf-

kammer III die Durchführung des Strafverfahrens bis zur Erledigung der Rechtsbeschwerdesache des B. sistiert hat.

III. Nach dem Ausgeführten ist die Entscheidung des K. Ministeriums des Innern im öffentlichen Recht nicht begründet; durch sie wird der Beschwerdeführer in einem ihm zustehenden Rechte verletzt. Die Entscheidung des K. Ministeriums ist daher außer Wirkung zu setzen und es tritt folgeweise auch der Beschluß der K. Kreisregierung außer Kraft.

Urteil vom 19. September 1900 in der Rechtsbeschwerdesache des Kaufmanns Friedrich August B. in Mailand.

9.

Streit über die Verpflichtung zur Bezahlung von sogenanntem Mesnerlaibgeld.

Die K. Kreisregierung in Ludwigsburg hat am 18. Juni 1900 ein Feststellungsurteil gegen die beiden — der katholischen Konfession angehörenden — Beklagten dahin erlassen, daß sie als Einwohner der klägerischen Gemeinde Degerloch verpflichtet seien, das sog. Mesnerlaibgeld zu entrichten, und zugleich den einen der Beklagten zur Bezahlung des rückständigen Mesnerlaibgelds für 1897/98 und 1898/99 an die Gemeindepflege verurteilt. Auf die von den beiden Beklagten erhobene Berufung hat der Verwaltungsgerichtshof am 26. September 1900 auf Abweisung der Klage erkannt.

Aus den Gründen:

Die frühere württemberg. Gesetzgebung hat davon abgesehen, im Gemeindeleben die bürgerlichen Aufgaben, zu denen auch die Aufgaben der Schule gehören, und die kirchlichen Aufgaben streng begrifflich zu unterscheiden und hienach die bürgerlichen Aufgaben der politischen Gemeinde die kirchlichen Aufgaben der aus den Angehörigen der betreffenden Konfession bestehenden Kirchengemeinde zuzuweisen; vielmehr hat sie keinen Anstand genommen, die politische

Gemeinde da und dort auch kirchlichen Zwecken dienstbar zu machen und damit die Angehörigen einer Konfession auch zu Leistungen für die Zwecke einer anderen Konfession beizuziehen. So hat die K. Verordnung vom 12. September 1818, betreffend die Parochialverhältnisse der zur Ortsreligion sich nicht bekennenden christlichen Einwohner des Königreichs, welche keine eigene Kirchengemeinde bilden, in Ziffer III, 3 als selbstverständlich bestimmt, daß die Dissentierenden die hergebrachten Läutgarben und Läutlaibe an den Mesner der herrschenden Ortskonfession auch künftig abzugeben haben, und der Art. 37 des Volksschulgesetzes vom 29. September 1836 hat verfügt, daß Einkommensteile, welche eine Schulstelle bisher von den einzelnen Ortseinwohnern zu beziehen hatte, namentlich das Schulgeld, die Mesnerlaibe, Läutgarben u. s. w. spätestens im nächsten Erledigungsfalle der Stelle an die Gemeindepflege gegen eine entsprechende Entschädigung der Schulstelle übergehen; der kirchliche Ursprung der Mesnerlaibe ist aber bei dieser von der Verbindung des Mesnerdienstes mit der Schulstelle ausgehenden Bestimmung nicht verneint worden[1]) und für die Gemeinde ist nicht ein von der ursprünglichen Zweckbestimmung der Mesnerlaibe losgelöstes Besteuerungsrecht entstanden. Dagegen liegt den württemb. Gesetzen vom 14. Juni 1887, betreffend die Vertretung der evangelischen Kirchengemeinden bezw. der katholischen Pfarrgemeinden, und die Verwaltung ihrer Vermögensangelegenheiten, die Absicht zu Grund, die bürgerlichen und kirchlichen Zwecke des Gemeindelebens begrifflich zu trennen, das diesen beiden Zwecken dienende Gemeindevermögen auszuscheiden, für die Verwaltung der evangelischen und katholischen Kirchengemeinden selbständige Organe zu bestellen und so die vermögensrechtlichen Leistungen der Angehörigen einer kirchlichen Gemeinde auf die kirchlichen Zwecke der eigenen Konfession zu beschränken. Insbesondere ist in dem auch für die katholischen Pfarrgemeinden

1) Vergl. Krafft Volksschulgesetz S. 57 Note 2.

giltigen Art. 44 des evangelischen Gesetzes bestimmt, daß die Baulasten an kirchlichen Gebäuden und die sonstigen Leistungen für kirchliche Zwecke, welche bisher der bürgerlichen Gemeinde oder der Stiftungspflege oblagen, nebst den hiemit verbundenen Einnahmen auf die Kirchengemeinde übergehen. Aus Gründen der Zweckmäßigkeit hat diese Gesetzgebung vom Jahre 1887 noch von der Trennung des Mesnerdienstes vom Schulamte abgesehen[1]); diese Trennung ist dann aber durch die Art. 11 und 12 des Gesetzes vom 31. Juli 1899, betreffend die Einkommensverhältnisse der Volksschullehrer, die Trennung des Mesnerdienstes vom Schulamte und die Rechtsverhältnisse der Lehrerinnen an Volksschulen, angeordnet und hiebei durch den Art. 13 bestimmt worden: „Mit der Trennung des Mesnerdienstes vom Schulamte gehen die bisher in der Verwaltung der Gemeindepflege, der bürgerlichen Stiftungspflege oder der gemischten Stiftungspflege stehenden, nachweisbar zur Mesnerei gehörigen oder in deren Nutznießung befindlichen Vermögensteile, Liegenschaften, Stiftungen, Ablösungs- und andere Kapitalien nebst ihren Erträgnissen an die Kirchengemeinde über und die bisher hieraus für das Einkommen der Schulstellen geleisteten Bezüge, sowie die bisherigen Leistungen der Kirchenpflege zum Schuleinkommen, soweit sie in dem Mesnerdienst ihren Grund haben, fallen weg. . . . Auch die Leistungen Dritter für die Mesnerei kommen mit dem Zeitpunkt der Trennung der Mesnerei vom Schulamt der Kirchengemeinde zu, insbesondere sind die Entschädigungen für Läutgarben, Mesnerlaibe und ähnliche Bezüge, soweit sie infolge des Art. 37 des Volksschulgesetzes vom 29. September 1836 auf die Gemeindepflege übernommen worden sind und nicht aus den Erträgnissen eines Ablösungskapitals bestritten werden, von dieser an die Kirchenpflege zu reichen.“ In den Motiven zu diesem Art. 13 und in dem von der Kommission der Kammer der

1) Vergl. Art. 43 des evang. Gesetzes vom 14. Juni 1887.

Abgeordneten darüber erstatteten Bericht ist der kirchliche Charakter der Mesnerlaibe und Läutgarben und der an ihre Stelle getretenen Geldleistungen ausdrücklich hervorgehoben[1]).

Es ist somit von der staatlichen Gesetzgebung anerkannt, daß das Mesnerlaibgeld sich rechtlich als eine Leistung für kirchliche Zwecke darstellt und daß daher die Berechtigung zur Erhebung dieser Leistung an sich vermöge der Zweckbestimmung dieser Leistung der betreffenden Kirchengemeinde und nicht der bürgerlichen Gemeinde zukommt.

In der Gemeinde Degerloch, welche nach dem Staatshandbuch von 1896 2865 Einwohner, 2786 evangelische, 72 katholische zur Pfarrgemeinde Stuttgart gehörige, 1 israelitischen, 13 von anderem Bekenntnis zählt, wurde bis zur Ausscheidung des Ortskirchenvermögens im Jahre 1891 von der Gemeindepflege für Rechnung der bürgerlichen Gemeinde ein Mesnerlaibgeld in dem von den bürgerlichen Kollegien festgesetzten, von der Kreisregierung genehmigten Betrage erhoben und zwar von jedem Bürger und wohnsteuerpflichtigen Einwohner; über den Ursprung dieser Abgabe ist nichts Näheres bekannt, sie wird lediglich auf altes in den Gemeindepflegerechnungen vorgetragenes Herkommen gestützt, ein besonderer Rechtstitel privatrechtlicher oder öffentlich rechtlicher Natur kann dafür nicht geltend gemacht werden, auch hat keinerlei dingliche Radizierung stattgefunden; die Abgabe wird erhoben von jedem ohne Unterschied der Konfession, der als Gemeindebürger oder als Gemeinde-Einwohner in ein Unterordnungsverhältnis zu der politischen Gemeinde und ihren Behörden gekommen ist und dadurch seine Beiziehung zu den aus diesem Verhältnis kraft Gesetzes oder Herkommens fließenden Verpflichtungen ermöglicht.

Anläßlich der Ausscheidung des Ortskirchenvermögens im Jahre 1891 wurde in Anwendung des Art. 44 des Gesetzes der Gehalt des Mesnereigehilfen mit jährlichen 113 Mark 50 Pfg. von der bürgerlichen Gemeinde auf die

1) Vergl. Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten von 1899 Bd. II S. 185 und Bd. III. S. 39.

Kirchengemeinde übernommen, und dagegen der Ertrag des sog. Mesnerlaibes mit jährlich etwa 230 Mark der Kirchengemeinde ungeschmälert überwiesen; dabei wurde auf eine Anregung des K. Konsistoriums vereinbart, daß die bürgerliche Gemeindepflege wie seither den Einzug gemäß Art. 37 des Volksschulgesetzes besorgt und den Ertrag an die Kirchenpflege abliefert.

Die erstrichterliche Entscheidung geht nun davon aus, es habe sich bei diesem Mesnerlaibgeld ursprünglich nicht um eine evangelisch-kirchliche, sondern um eine Gemeindeabgabe gehandelt und die Abgabe habe diesen Charakter auch durch die Ueberweisung an die evangelische Kirchengemeinde nicht verloren, sofern damit nur der Gemeinde die Verpflichtung einer jährlichen Leistung an die Kirchengemeinde in der Höhe der Abgabe auferlegt worden sei. Nach dieser Auffassung wäre also das Bezugsrecht selbst nicht auf die Kirchengemeinde übergegangen, vielmehr wäre nur ein obligatorischer Anspruch der Kirchengemeinde gegen die bürgerliche Gemeinde auf die Ausfolge der jeweils eingezogenen Geldbeträge begründet worden. Allein diese Auslegung entspricht nicht dem Geiste und Wortlaut des Gesetzes, das das Mesnerlaibgeld als eine Leistung für kirchliche Zwecke auffaßt und in Art. 44 den unmittelbaren Uebergang der Einnahmen, welche mit seitherigen Leistungen der bürgerlichen Gemeinde für kirchliche Zwecke verbunden sind, auf die evangelische Kirchengemeinde vorschreibt; auch in dem Wortlaut der Ausscheidungsurkunde und in den hierüber zwischen dem K. Konsistorium und den Gemeindekollegien gepflogenen Verhandlungen findet diese von der Intention des Gesetzes abweichende Auslegung keine Unterstützung, da hiernach der Ertrag des sog. Mesnerlaibes d. h. das Mesnerlaibgeld oder die Berechtigung zur Erhebung der betreffenden Beträge von den Abgabepflichtigen der Kirchengemeinde überwiesen, also endgiltig auf diese übertragen, an sie abgetreten worden ist[1]). Somit ist davon

1) Vergl. jetzt Bürgerl. Gesetzbuch § 398.

auszugehen, daß mit der Ausscheidung des Ortskirchenvermögens in Degerloch die Berechtigung zur Erhebung der herkömmlichen Mesnerlaibgeldbeträge auf die evangelische Kirchengemeinde als eine kirchliche Einnahmequelle zum Zweck der teilweisen Deckung der für die Versehung der Mesnerverrichtungen ihr obliegenden Auslagen übergegangen ist, und daß die evangelische Kirchengemeinde als bezugsberechtigte aus Gründen der Zweckmäßigkeit die Gemeindepflege beauftragt hat, die Geldbeträge von den zur Entrichtung Verpflichteten für Rechnung der Kirchengemeinde zu erheben. Erscheint aber die Entrichtung von Mesnerlaibgeld in Degerloch nach ihrer seitherigen Gestaltung und Zweckbestimmung als eine Leistung für die Zwecke der dortigen evangelischen Ortskirche, so würde es sowohl der Absicht der Gesetzgebung als der Gerechtigkeit und Billigkeit widersprechen, wenn dabei außer den Angehörigen der evangelischen Kirchengemeinde Degerloch auch einer anderen Konfession angehörende Einwohner von Degerloch herangezogen und damit zu einer Leistung für die kirchlichen Zwecke einer Konfession, der sie nicht angehören, verpflichtet werden würden. Steht nunmehr die Berechtigung zum Bezuge des Mesnerlaibgelds der evangelischen Kirchengemeinde in Degerloch und nicht der dortigen bürgerlichen Gemeinde zu, so fehlt gegenüber den nicht zur evangelischen Konfession gehörenden Einwohnern von Degerloch ein Unterordnungsverhältnis derselben, welches ihre Inanspruchnahme für die Zwecke der evangelischen Kirchengemeinde rechtlich ermöglichen würde; da sie nicht zu den evangelischen Kirchengemeindegenossen gehören, können sie nicht zwangsweise von den Organen der evangelischen Kirchengemeinde an deren gesetzmäßigen oder herkömmlichen Umlagen beteiligt werden, und als Gemeinde-Einwohner können sie nicht von den Gemeindebehörden zu Leistungen an eine ihnen fremde Kirchengemeinde für deren kirchliche Zwecke angehalten werden.

Aus den seitherigen Ausführungen ergiebt sich, daß die beiden in Degerloch wohnhaften Beklagten, Berufungskläger

als Katholiken nach der bestehenden Gestaltung der Verhältnisse weder für die Jahre 1897/98 und 1898/99 noch für die spätere Zeit verpflichtet sind, Mesnerlaibgeldbeträge zu entrichten. Daß in der Gemeinde Degerloch, wie ihr Prozeßbevollmächtigter geltend macht, die Trennung des Mesnerdienstes vom Schulamt noch nicht auf Grund des Gesetzes vom 31. Juli 1899 stattgefunden hat, ist unerheblich.

Urteil vom 26. September 1900 in der Berufungssache Gruber und Mattes gegen die Gemeinde Degerloch.

10.

Zu Art. 47 Abs. 2 und 3, Art. 48, 49, 53, 64, 66 Abs. 3 und Art. 68 des Feldbereinigungsgesetzes. (Die Centralstelle für die Landwirtschaft ist zu Aenderungen an dem positiven Inhalte der Feldbereinigungsurkunde nach dem für den Eintritt der Rechtsänderungen bestimmten Zeitpunkte nicht mehr befugt. Zulässigkeit der Rechtsbeschwerde gegen die nachträgliche Aenderung.)

Als im Jahre 1891 die Feldbereinigung auf einem Teil der Markung Sch. unternommen wurde, sind in das Unternehmen die dem Beschwerdeführer jg. G. C. gehörigen Grundstücke Parz. No. 783, 786, 787, 788 und $\frac{789}{2 \text{ u. } 3}$ einbezogen worden; seine an die Parz. No. 783 und 786 angrenzende Parz. No. $\frac{785}{1}$ ist in die Bereinigungsfläche nicht einbezogen worden. Auf den Parz. No. 783 und 786 ruhte eine Fußweglast in Fortsetzung und als letzte Strecke eines aus dem Ortsteil Wolfbach der Gemeinde Sch. von dem Vicinalweg No. 3 aus verlaufenden, schließlich in den Feldweg No. 39 einmündenden Fußwegs. In dem am 12. Dezbr. 1891 von dem Gemeinderat beurkundeten Verzeichnis der beteiligten Grundeigentümer und Grundstücke und in dem im Oktober 1892 aufgestellten, von der Vollzugskommission geprüften

und genehmigten Besitzregister ist die auf den Parz. $\frac{783}{a.\ b}$ und $\frac{786}{a}$ ruhende Weglast eingetragen; durch Beschluß der Vollzugskommission vom 5. Oktober 1894 wurde dem C. für den Wegfall der Fußweglast auf Parz. 786 ein Kostenvorausbeitrag von 25 Mk. auferlegt und unter Bezugnahme auf jenen Beschluß ist C. auch in dem Verzeichnis über die Beiträge zu den gemeinsamen Anlagen, das die Vollzugskommission am 19. September 1896 genehmigt hat, als Eigentümer der Parz. 786 zu dem Kostenvorausbeitrag von 25 Mk. herangezogen. In dem Zuteilungsregister, das von der Vollzugskommission am 13. Juli 1895 genehmigt worden war, kommt die Weglast bei der Parz. No. 786 nicht mehr vor, auch nicht bei der Parz. No. 783.

Am 16. Februar 1897 wurde, nachdem seit dem 30. Januar der Zuteilungsplan samt Tabellen und Akten auf dem Rathaus zur Einsichtnahme öffentlich ausgelegt worden war, die Schlußtagfahrt vorgenommen. Das Protokoll über dieselbe enthält nichts davon, daß gegen die Aufhebung der Weglast von irgend wem eine Einwendung erhoben worden wäre; wie jedoch nachträglich festgestellt worden ist, haben die Gipser J. M. und J. G. M., Eigentümer der Gebäude No. 131 und 112 in dem Ortsteil Wolfbach, wie auch der in die Feldbereinigungsfläche einbezogenen Parz. No. $\frac{728}{2}$ und $\frac{727}{3}$ Einsprache gegen die Aufhebung der Weglast erhoben und sind dieselben von den die Verhandlung leitenden Beamten auf den Rechtsweg gegen C. verwiesen worden. Am 23. März 1897 eröffnete die K. Centralstelle für die Landwirtschaft Abteilung für Feldbereinigung dem Vorsitzenden der Vollzugskommission, daß die Zustimmung des Gemeinderats und der Vollzugskommission vorausgesetzt als Zeitpunkt für den Eigentumsübergang der 1. April 1897 bestimmt werde, und mit Erlaß vom 7. September 1897 ließ sodann

die K. Centralstelle dem Amtsgericht G. gemäß Art. 49 des Feldbereinigungsgesetzes vom 30. März 1886, § 78 der Vollzugsverfügung des K. Ministeriums des Innern vom 19. Juli 1886 und der von dem K. Justizministerium in Betreff der Berichtigung der Güterbücher und Unterpfandsbücher am 22. November 1887 erlassenen Verfügung die Mitteilungen zum Güterbuch und Unterpfandsbuch der Gemeinde Sch. zur Veranlassung des Weiteren zugehen. In diesen Mitteilungen erscheint ein Teil der Parz. No. 783 mit der (von C. im Laufe der Feldbereinigung erworbenen) Parzelle No. $\frac{797}{1}$ zu der neuen Parzelle No. 798 vereinigt, während der andere Teil der Parz. No. 783 und die Parzellen No. 786, 787, 788 und $\frac{789}{2 \text{ u. } 3}$ zu der Parzelle $\frac{786}{a—d}$ vereinigt sind; in dem „neuen Besitzstand" ist in der Spalte 15 zu der Parzelle No. 783 eingetragen „Weglast Sp. 7 weggefallen" und zu der Parzelle 786 eingetragen „Weglast Sp. 7 fällt weg".

Am 30. Oktober und 2. November 1897, nachdem C. an dem Weg eine Tafel mit dem Verbot der ferneren Begehung angebracht hatte, hat der Ortsvorsteher von Sch. Strafverfügungen gegen die Ehefrau des J. G. M. und diesen selbst erlassen. Beide sind aber von dem Schöffengericht G. am 24. November 1897 freigesprochen worden; sie hatten unter anderem geltend gemacht: die Bewohner des Ortsteils Wolfbach haben auf der Schlußtagfahrt Einsprache gegen die Abschaffung des Fußwegs erhoben, seien aber auf den Civilrechtsweg verwiesen worden und haben am 9. November ihre Klage bei dem Amtsgericht eingereicht.

In diesem Prozesse, den J. M. und J. G. M. (unter Beitritt von fünf anderen Einwohnern von Sch.) gegen C. bei dem Amtsgericht G. anhängig gemacht haben, stellten sie das Gesuch, derselbe habe anzuerkennen, daß ihnen das dingliche Recht zustehe, von ihren Wohnhäusern No. 131 und 112 im Wolfbach über die Parzellen No. $\frac{785}{1}$ und 783 des

Beklagten in der in dem vorgelegten Lageplan eingezeichneten Richtung in den Feldweg No. 39 der Gemeinde Sch. und in umgekehrter Richtung zu gehen. Der Beklagte bat um Abweiſung der Klage, einmal wegen Unzuläſſigkeit des Rechtswegs mit Rückſicht auf das Feldbereinigungsgeſetz, ſodann aus dem Grunde, daß der Fußweg von der Vollzugskommiſſion aufgehoben worden ſei, ſetzte aber dieſen Antrag dem Klagegeſuch nur inſoweit entgegen, als dieſes die Parz. 783 betreffe; er erkannte an, daß die Kläger an ſich ein Recht auf den Fußweg entlang der Parz. $\frac{785}{1}$ (der außerhalb der Bereinigungsfläche liegenden Parzelle) haben, und brachte vor: die auf dem Feldweg No. 39 beim Beginn des Fußwegs von ihm angebrachte Verbotstafel habe ſich nur auf den auf der Parz. 783 liegenden Teil des Fußwegs bezogen; mittelbar ſei freilich für die Kläger auch der auf die Parz. $\frac{785}{1}$ entfallende Teil des Fußwegs unbenützbar geworden, da ſie nicht mehr über Parz. 783 auf den Feldweg No. 39 gelangen können. Auf Grund des Gutachtens des Bezirksgeometers B. ſtellte das Amtsgericht feſt, daß der Fußweg in dem Lageplan nicht als nur und ganz auf der Parz. 783 verlaufend, ſondern als auf der Grenze der Parzellen 783 und 786 ſich hinziehend eingezeichnet ſein ſollte. Das Amtsgericht ſprach aus, daß in der Benützung des Wegs, der als dinglinge Laſt auf den Parzellen geruht habe, den Klägern bis zum Sommer 1897 kein Hindernis von dem Beklagten und ſeinen Rechtsvorgängern bereitet worden ſei, und daß die Vollzugskommiſſion (deren Mitglieder hierüber als Zeugen vernommen worden waren) den Weg, ſoweit er in das Feldbereinigungsgebiet falle, als entbehrlich habe wegfallen laſſen. Das am 14. Juli 1898 verkündete Urteil wies aber die Klage wegen Unzuläſſigkeit des Rechtswegs ab, weil, wenn die Kläger der Aufhebung widerſtritten, ihnen lediglich die Befugnis, eine Entſcheidung der K. Centralſtelle herbeizuführen, zugeſtanden habe und zuſtehe. Die gegen dieſe Ent-

scheidung erhobene Berufung hat die Civilkammer I des K. Landgerichts U. durch Urteil vom 1. Februar 1899 zurückgewiesen. Die Kläger hatten darauf beharrt, daß die Vollzugskommission die Weglast nicht aufgehoben habe, und vorgebracht, daß, falls auch die Weglast von der Vollzugskommission aufgehoben worden wäre, dennoch auf Grund des Art. 64 Abs. 2 des Feldbereinigungsgesetzes der Rechtsweg zulässig sei. Der Thatbestand des Urteils bezeichnete als Gegenstand des Rechtsstreits die auf der Grenze der Parzellen 783 und 786 verlaufende letzte Wegstrecke. Die Entscheidung gieng dahin: die Vollzugskommission habe, wie aus den Akten der Feldbereinigung ersichtlich und durch die Beweisaufnahme des Amtsgerichts erhoben sei, die Weglast, wofür es einer bestimmten Form nicht wesentlich bedurft habe, aufgehoben, wie sie denn auch in den dem Gemeinderat Sch. zugegangenen Mitteilungen zum Güterbuch und Unterpfandsbuch als weggefallen bezeichnet sei; widersprechen die Kläger dieser in Ausführung der Obliegenheiten der Vollzugskommission geschehenen Aufhebung, so sei eine Streitigkeit über die Art der Ausführung der Feldbereinigung gegeben, über welche gemäß Art. 64 Abs. 1 des Feldbereinigungsgesetzes die Centralstelle zu entscheiden habe, während der Rechtsweg ausgeschlossen sei; an diesem Ergebnis würde auch nichts geändert, wenn der bei der Schlußtagfahrt anwesende Kommissar der Centralstelle die Kläger, wie sie behaupten, auf den Rechtsweg verwiesen haben sollte.

Auf den dem Gemeinderat Sch. zugegangenen Mitteilungen zum Güterbuch und Unterpfandsbuch ist vermerkt, daß die Güterbuchsänderung im Februar 1899 vollzogen worden ist. Im Güterbuch beziehungsweise Servitutenbuch ist ein Eintrag über den Wegfall der Weglast auf den Parz. 783 und 786, jetzt 798 und 786 nach dem von dem Verwaltungsgerichtshof eingeforderten Berichte nicht vorgenommen worden; nach der Anweisung auf dem Formular zu den Mitteilungen (vergl. Gaupp Feldbereinigungsgesetz S. 440) war auch ein solcher Eintrag nicht verlangt.

Als nunmehr J. M. ſich an die K. Centralſtelle wandte, gab dieſe mit Erlaß vom 29. April 1899 dem Vorſitzenden der Vollzugskommiſſion zu erkennen: J. M. habe vorgetragen, er und J. G. M. haben auf der am 16. Februar 1897 abgehaltenen Schlußtagfahrt zur Wahrung ihrer Rechte auf Benützung des über die dem C. gehörigen Parz. 783 und 786 führenden Fußwegs gegen den Beſchluß der Vollzugskommiſſion, wonach dieſer Weg abgeſchafft werden ſolle, Einſprache erhoben, es ſei ihnen jedoch nahegelegt worden, ihren Anſpruch auf dem Rechtsweg zu verfolgen; die Klage ſei von den Civilgerichten in zwei Inſtanzen wegen Unzuläſſigkeit des Rechtswegs abgewieſen worden; da den beiden M. ein förmlicher Beſcheid der Vollzugskommiſſion bis jetzt noch nicht erteilt worden ſei, werde der Vorſitzende veranlaßt, Einleitung zu treffen, daß dies nachträglich unter Beachtung der Vorſchriften des § 68 Abſ. 2 der Vollzugsverfügung vom 19. Juli 1886 geſchehe. Am $\frac{6.}{9.}$ Juni 1899 kam ſodann der Beſcheid der Vollzugskommiſſion zu Stande, laut des Protokolls vom 5. Oktober 1894, das der K. Centralſtelle vorgelegt worden ſei, habe die Kommiſſion den Wegfall der Fußweglaſt auf Parz. 786 gegen den Beitrag von 25 Mk. beſchloſſen; die Kommiſſion ſei von der Vorſchrift und dem Grundſatz ausgegangen, daß auf allen in die Vereinigungsfläche fallenden Parzellen alle Servituten und Laſten zu beſeitigen ſeien. Dieſer Beſcheid wurde den beiden M. am 9. Juni eröffnet, worauf dieſelben am 14. Juni, alſo nach Art. 66 Abſ. 1 des Feldbereinigungsgeſetzes rechtzeitig, bei dem Oberamt G. Beſchwerde an die K. Centralſtelle mit dem Antrag, daß der Fußweg ganz in ſeiner früheren Geſtalt wiederhergeſtellt werde, erhoben. Zufolge der von der K. Centralſtelle erlaſſenen Anordnung wurde nachträglich auf dem Protokoll über die am 16. Februar 1897 abgehaltene Schlußtagfahrt von dem Oberamtmann am 31. Juli 1899 der von ihm und dem Protokollführer unterzeichnete Beiſatz gemacht: es werde beurkundet, daß die beiden M. und ein

weiterer Mann von Sch. bei der Schlußtagfahrt rechtzeitig auf dem Rathause gegen die Abschaffung des über die Parzelle 783 des C. führenden Fußwegs Einsprache erhoben haben, weil sie, obwohl noch ein anderer Fußweg in das Feldbereinigungsgebiet vorhanden sei, doch einen Umweg zu machen hätten; die Vollzugskommission habe beschlossen, Nachmittags an Ort und Stelle den Weg zu begehen, und es sei dies auch, ohne daß hiebei der Protokollführer zugegen gewesen sei, geschehen; der Kommissar der Centralstelle und der Bezirksvorstand haben nach der ganzen Schilderung die Sachlage so auffassen müssen, als ob darüber ein Streit bestehe, ob überhaupt der Fußweg auf Parz. 783 zu Recht bestehe, also bloß eine bestrittene privatrechtliche Weglast sei; soviel sich der Bezirksvorstand erinnere, habe dies C. zu behaupten gesucht; deshalb seien die M. auf den Rechtsweg verwiesen worden. Die ihm aufgegebene Aeußerung über die Entbehrlichkeit des Wegs und darüber, ob es sich um einen öffentlichen Weg oder um eine privatrechtliche Weglast handle, gab der Gemeinderat am 3. August dahin ab, im Servitutenbuch sei von einem Fußweg auf der Parz. 783 nichts vorgemerkt, der Fußweg werde vom Ortsvorsteher und dem Gemeinderat als öffentlicher Feld-Fußweg angesehen, wozu der Oberamtmann in einem Bericht vom 5. September bemerkte, es habe nicht mit Sicherheit festgestellt werden können, ob der Feldweg öffentlichrechtlicher oder privatrechtlicher Art sei. Die Entbehrlichkeit des Fußwegs wurde im Gemeinderat von der Mehrheit der Abstimmenden verneint. Von dem Bevollmächtigten des C. wurde nach Einsicht der Akten die Zulässigkeit der Beschwerde der beiden M. bestritten und sachlich die Beschwerde für ungerechtfertigt erklärt, da die beiden M., die allein von den Bewohnern des Ortsteils Wolfbach sich nicht beruhigt haben, nur einen geringfügigen Umweg zu ihren beiden kleinen Grundstücken zu machen haben, wogegen C., wenn der Fußweg bestehen bliebe, von der Einbeziehung seines umfassenden Areals in die Feldbereinigungsfläche gar keinen Nutzen hätte.

Die von der K. Centralſtelle am 30. Oktober 1899 erlaſſene Entſcheidung ſtellt feſt, daß von der Vollzugskommiſſion die Aufhebung der auf den Parzellen 783 und 786 ruhenden Weglaſt beſchloſſen und dem C. für die Befreiung von der Laſt ein Koſtenvorausbeitrag von 25 Mk. auferlegt worden iſt und führt in Bezug auf die Zuſtändigkeit der K. Centralſtelle, noch eine Entſcheidung in der Streitſache zu erlaſſen, aus: Würde es ſich um die Frage handeln, ob den M. überhaupt das Recht zu Begehung des Fußwegs zuſtehe, ſo würde allerdings die Zuſtändigkeit des Civilrichters, bezw., da es ſich um einen öffentlichen Weg handle, des Verwaltungsgerichts begründet ſein. Allein wie aus den gerichtlichen Verhandlungen hervorgehe, herrſche bezüglich dieſer Vorfrage kein Streit unter den Parteien; vielmehr dürfe als feſtſtehend angenommen werden, daß die Weglaſt zu Recht beſtanden habe. Wäre die Einſprache der M. erſt im Jahre 1899 angebracht worden, ſo würde ihre Zurückweiſung als verſpätet erhoben keinem Zweifel unterliegen können, denn nach Art. 44 Abſ. 5 des Feldbereinigungsgeſetzes bilde die Schlußtagfahrt den Präkluſivtermin für alle Einwendungen gegen den Zuteilungsplan; allein die Einſprache ſei von den M. bereits auf der Schlußtagfahrt, alſo rechtzeitig erhoben worden. Der Anſicht des C.'ſchen Vertreters, die Einwendung ſei durch die Vollzugskommiſſion beſeitigt worden und es ſei deshalb eine Protokollierung nicht geboten geweſen, ſei nicht beizutreten. Es fehle an jedem Anhaltspunkt für die Annahme, daß die M.'ſche Einwendung von der Vollzugskommiſſion auf der Schlußtagfahrt beſeitigt worden ſei; denn die den M. gegebene Belehrung, daß ſie behufs Feſtſtellung ihres Rechts den Rechtsweg zu betreten haben, ſei ihnen nicht von der Vollzugskommiſſion, ſondern von den beiden anweſenden Verwaltungsbeamten zu Teil geworden; ſodann beweiſe gerade der Umſtand, daß die M. gerichtliche Klage erhoben, daß ſie ſich bei dem Beſchluſſe der Vollzugskommiſſion, den Fußweg abzuſchaffen, nicht beruhigen wollten. Es ſei alſo die Vorausſetzung des Art. 45 Satz 2 des Ge-

setzes vorgelegen, wonach die Beschwerde von dem Oberamtmann sofort zu Protokoll zu nehmen war. Dies sei nun allerdings nicht geschehen, allein diese Ordnungswidrigkeit ändere nichts an der Thatsache, daß die Einwendung rechtzeitig angebracht worden sei. Seitens der M. sei jedenfalls alles geschehen, was sie zur Wahrung ihrer Interessen zu thun nötig hatten und es erscheine als unstatthaft, sie wegen der ohne ihr Verschulden erfolgten Unterlassung der Protokollierung ihrer Einwendung nunmehr mit derselben auszuschließen. Vielmehr müsse davon ausgegangen werden, daß der Kommissionsbeschluß betreffend die Aufhebung der Weglast mit der Erhebung der Einsprache seitens der M. zu einem bestrittenen geworden sei und daß er bis zu einer ordnungsmäßigen Erledigung der Beschwerde in diesem Zustand des Bestrittenseins sich befinde. Hieran ändere auch der Umstand nichts, daß inzwischen der Eigentumsübergang stattgefunden habe; denn letzterer könne nicht die Wirkung haben, daß bestrittene rechtliche Verhältnisse in unbestrittene umgewandelt werden. Uebrigens erscheine eine Festsetzung des Zeitpunkts für den Eigentumsübergang vor Erledigung sämtlicher Einwendungen nicht als absolut ausgeschlossen, wenn auch in derartigen Fällen in die Festsetzung eine Klausel bezüglich des angefochtenen Teils des Zuteilungsplans aufzunehmen sei, welche Maßnahme im vorliegenden Fall nicht habe zur Anwendung gebracht werden können, weil der Centralstelle bei der von ihr gemäß Art. 47 Abs. 2 des Gesetzes erlassenen Verfügung von der M.'schen Beschwerdesache nichts bekannt gewesen sei. Wenn seitens des M.'schen Vertreters auf die Rechtsunsicherheit hingewiesen werde, die eine derartige nachträgliche Behandlung von Beschwerden im Gefolge haben würde, so wäre dieser Einwand begründet, wenn es sich um eine nach Jahren erstmals erhobene Einsprache handeln würde; dies treffe aber nicht zu, und daß die Rechtsunsicherheit im vorliegenden Falle nicht erst durch die neuerdings erfolgte Anrufung der Centralstelle hervorgerufen worden sei, sondern schon seit der Schlußtagfahrt bestanden habe, beweise die

Behandlung der Strafsachen gegen die J. G. M.'schen Eheleute wegen Uebertretung des § 368 Ziffer 9 des St.G.B. Die Centralstelle erachte hienach den Antrag des C. auf Zurückweisung der Einsprache der M. aus formellen Gründen nicht für begründet.

Sachlich erklärt die Entscheidung der K. Centralstelle die von der Vollzugskommission beschlossene Aufhebung der auf den Parz. 783 und 786 ruhenden Weglast für eine unter den vorhandenen Umständen nicht zweckmäßige Maßregel. Demgemäß hebt sie den angefochtenen Beschluß der Vollzugskommission samt der Auferlegung des Kostenvorausbeitrags von 25 Mk. an C. auf. Und in Anbetracht, daß infolge dieser Wiederherstellung des früheren Zustands die ausgeführte Feldbereinigung für C. nennenswerte Vorteile nicht mehr biete, wird derselbe aus Billigkeitsgründen mit den von ihm eingeworfenen, ein zusammenhängendes Ganzes bildenden Parzellen 783, 786, 787, 788 und $\frac{789}{2.\ 3.}$ nicht nur von dem Beitrag an Fläche zu den gemeinsamen Anlagen, sondern auch von den Kosten freigelassen.

Das Feldbereinigungsunternehmen war, als die K. Centralstelle diese Entscheidung erließ, wie aus derselben hervorgeht, noch nicht vollständig abgeschlossen; am 14. Oktober 1899 hatte die K. Centralstelle die Ortsbehörde beschieden, daß die Kostenumlage erst nach der Erledigung der M.'schen Beschwerde gefertigt werden könne.

Gegen diese am 7. November 1899 ihm eröffnete Entscheidung der K. Centralstelle hat C. am 17. November Rechtsbeschwerde an den Verwaltungsgerichtshof mit der Behauptung erhoben, daß er dadurch beschwert sei, daß die Centralstelle die auf den beiden Grundstücken Parz. 783 und 786 ruhende Weglast wiederhergestellt habe. In der am $\frac{12.}{18.}$ Januar nachgeholten Beschwerdeausführung hat er in erster Linie das Gesuch gestellt, der Verwaltungsgerichtshof wolle die Einwendungen der M. als unzulässig zurückweisen

und demgemäß die Entscheidung der Centralstelle abändern, und in zweiter Linie gebeten, der Verwaltungsgerichtshof wolle die Einwendungen der M. sachlich für unbegründet erklären und aussprechen, daß der Fußweg über die Parz. 783 und 786 von der Vollzugskommission mit Recht aufgehoben worden sei. Die beiden M. haben eine Gegenerklärung nicht abgegeben.

Der Verwaltungsgerichtshof hat die erhobene Rechtsbeschwerde als statthaft und als begründet anerkannt und durch Urteil vom 21. Februar 1900 die Entscheidung, wodurch auf den in die Feldbereinigung auf der Markung Sch. einbezogenen Grundstücken des Beschwerdeführers Parz. No. 783 und 786 (der ursprünglichen Benennung) die infolge Beschlusses der Vollzugskommission weggefallene Weglast für wiederhergestellt erklärt worden ist, außer Wirkung gesetzt.

Gründe:

I. Nach Art. 15 Ziffer 1 des Gesetzes vom 16. Dezember 1876 über die Verwaltungsrechtspflege findet die Rechtsbeschwerde des Art. 13 des Gesetzes bei dem Verwaltungsgerichtshof in denjenigen Fällen nicht statt, in welchen vermöge besonderer gesetzlicher Bestimmung einer Verwaltungsbehörde oder anderen Organen die endgiltige Entscheidung zugewiesen ist, und der Art. 68 Abs. 1 des Feldbereinigungsgesetzes enthält über die Zulässigkeit der Rechtsbeschwerde gegen die Entscheidungen und Verfügungen der Zentralstelle in Feldbereinigungsangelegenheiten die besondere Vorschrift, daß die Rechtsbeschwerde in den in dem Gesetz bezeichneten Fällen des Art. 16 Abs. 5, Art. 24 Abs. 2, Art. 25 Abs. 2, Art. 46 Abs. 4 und 5, Art. 53 Abs. 3 und Art. 61 Abs. 3 statthaft ist, während im Uebrigen die Centralstelle endgültig entscheiden soll. Speziell besagt der Art. 39 Abs. 2 und 3, daß die durch die Feldbereinigung entbehrlich werdenden Dienstbarkeiten ohne Entschädigung für den seitherigen Berechtigten erlöschen und darüber, ob eine Dienstbarkeit infolge der Feldbereinigung entbehrlich wird und ob die örtlichen Verhältnisse es gestatten, statt des pflichtig gewesenen Grund-

ſtücks ein anderes ſervitutpflichtig zu machen, die Vollzugskommiſſion und auf erhobene Beſchwerde endgültig die Centralſtelle entſcheidet; Art. 52 Abſ. 1 fügt bei, daß dritte Perſonen, welchen auf einem der in das Unternehmen gezogenen Grundſtücke eine Dienſtbarkeit oder ſonſtiges Realrecht zuſteht, die Feldbereinigung nicht hindern können.

In Bezug auf Grundſtücke oder einzelne auf denſelben befindliche Einrichtungen, welche einem öffentlichen Zwecke dienen, beſtimmt der Art. 38 Abſ. 2, daß ſie durch die Feldbereinigung ohne Zuſtimmung derjenigen Behörde, welche für die Erreichung dieſes Zwecks zu ſorgen hat, in der Benützung hiefür nicht beeinträchtigt werden dürfen. Dem Geſetze iſt aber nicht zu entnehmen, daß es zur Aenderung und Aufhebung der einzelnen öffentlichen Feldwege, welche in der Vereinigungsfläche liegen, der Zuſtimmung des Gemeinderats (dem ſonſt nach Art. 35 des Feldweggeſetzes vom 26. März 1862 die Aufhebung entbehrlicher Feldwege zuſteht) bedürfte; vielmehr beſchließt hierüber, wovon auch die Entſcheidung der K. Centralſtelle ausgeht, die Vollzugskommiſſion und die Centralſtelle nach ihrem Ermeſſen. Es macht daher keinen Unterſchied, ob dem Fußweg, dem in der Entſcheidung der K. Centralſtelle die Eigenſchaft eines öffentlichen Wegs beigelegt iſt, dieſe Eigenſchaft wirklich zukam; und es kommt daher nicht in Frage, darüber Grund zu machen, ob der Gemeinderat der Aufhebung des öffentlichen Feldfußwegs die Zuſtimmung erteilt hat.

Wäre die von J. M. und J. G. M. auf der Schlußtagfahrt vom 16. Februar 1897 gegen die Aufhebung der Weglaſt vorgebrachte Einwendung zu Protokoll genommen worden, hätte die Vollzugskommiſſion ordnungsmäßig einen Beſchluß hierüber gefaßt und den M. eröffnet, hätten dieſe nicht bei dem Beſcheide der Vollzugskommiſſion gegenüber ſich beruhigt, ſondern Beſchwerde an die Centralſtelle friſtzeitig erhoben, ſo wäre die Entſcheidung der Centralſtelle, mochte ſie die Beſchwerde verwerfen oder die Weglaſt entgegen der von der Vollzugskommiſſion am 5. Oktober 1894 vor-

gesehenen und in den Zuteilungsplan übergegangenen Aufhebung für wiederhergestellt erklären, zweifellos eine endgültige, bei dem Verwaltungsgerichtshof nicht anfechtbare Entscheidung geworden; denn einer der in dem Art. 68 Abs. 1 des Gesetzes genannten Fälle, insbesondere einer der in Art. 46 Abs. 4 und 5 und Art. 53 Abs. 3 genannten Fälle hätte nicht vorgelegen.

Allein die Unanfechtbarkeit der Entscheidung, welche bei solchem ordnungsmäßigen Gange des Verfahrens aus dem Art. 68 abzuleiten wäre, greift darum nicht Platz, weil das Gesetz bei dem vorgekommenen ordnungswidrigen Verfahren am 30. Oktober 1899 der Centralstelle die Erlassung einer Entscheidung, welche die Weglast für wiederhergestellt erklärte, nicht mehr gestattete. Der Art. 68 setzt, indem er der Centralstelle die endgültige Erlassung von Entscheidungen überweist, voraus, daß die Entscheidung innerhalb ihrer Zuständigkeit erlassen werden kann. War die Centralstelle zu ihrer Entscheidung nicht mehr zuständig, so ergibt sich aus der Regelvorschrift des Art. 13 des Gesetzes vom 16. Dezember 1876, ob die Rechtsbeschwerde statthaft ist.

II. Die K. Centralstelle hat ihre Zuständigkeit zur Erlassung ihrer Entscheidung als fortdauernd angenommen, weil der vor der Schlußtagfahrt ergangene Beschluß der Vollzugskommission, der die Aufhebung der Weglast vorsah, mit der Erhebung der Einsprache der M. zu einem bestrittenen geworden sei und bis zu einer ordnungsmäßigen Erledigung der Beschwerde der M. in diesem Zustand des Bestrittenseins geblieben sei. Die K. Centralstelle nimmt somit an, daß, als sie am 29. April 1899 die Vollzugskommission zur Erlassung eines Bescheids veranlaßte, diese am 9. Juni ihren Bescheid erteilte und die M. am 14. Juni ihre Beschwerde erhoben, die Weglast noch nicht endgültig erloschen gewesen sei. Dieser Annahme vermag der Verwaltungsgerichtshof nicht beizutreten.

Durch die nachträgliche Beurkundung des Oberamtsvorstands ist festgestellt, daß auf die nicht zu Protokoll genom-

mene Einwendung der M. ein Beſcheid von der Vollzugskommiſſion nicht erteilt worden iſt, ſondern nur die die Verhandlung leitenden Verwaltungsbeamten den M. die Belehrung erteilt haben, daß ſie zum Zweck der Entſcheidung darüber, ob die von ihnen behauptete Weglaſt wirklich beſtehe, den Rechtsweg zu betreten haben. Dieſe Belehrung war nur von dem dem Standpunkte der Vollzugskommiſſion entgegengeſetzten Standpunkte gerechtfertigt, daß die Weglaſt, falls ſie beſtehe, nicht aufzuheben ſei. Die beiden M. konnten die Aufhebung der Weglaſt nicht hindern, mochte das anfängliche Beſtehen beſtritten oder nicht beſtritten ſein; im Fall der Aufhebung blieb nur die Frage, ob dem C. der Vorauskoſtenbeitrag mit Recht auferlegt werden könne; aus dem Art. 64 Abſ. 2 des Geſetzes folgt nicht, daß es lediglich deshalb einer Verweiſung der M. auf den Rechtsweg bedurft hätte; die Worte der Motive „welche Dienſtbarkeiten auf einem Grundſtück haften"[1]) ſind auf einen ſolchen Fall nicht zu beziehen. Hätte umgekehrt C. die Verpflichtung zur Leiſtung des Vorauskoſtenbeitrags aus dem Grunde, daß die Weglaſt nicht beſtehe, beſtritten, ſo hätte es einer Verweiſung des C. auf das civilprozeſſualiſche Verfahren, bezw. wenn die Weglaſt als öffentlich-rechtliche Laſt ſich darſtellte, auf das Parteiſtreitverfahren vor dem Verwaltungsgerichte zum Austrag der Frage, ob die Laſt beſtehe, gleichfalls nicht bedurft.

Der Beſchluß der Vollzugskommiſſion darüber, ob eine Weglaſt infolge der Feldbereinigung entbehrlich wird, iſt (wie auch der Art. 39 Abſ. 3 des Geſetzes ſich ausdrückt) eine Entſcheidung derſelben und die die Weglaſt aufhebende Entſcheidung iſt in das Zuteilungsregiſter übergegangen, das die Vollzugskommiſſion am 13. Juli 1895 genehmigt hat. Gegen dieſe Entſcheidung ſtand den M. zwar die Befugnis, Einwendung zu erheben, zu; es lag aber nicht eine bloße Propoſition der Vollzugskommiſſion vor, welche

1) Vergl. Gaupp a. a. O. Note 1 zu Art. 64. S. 135.

darum hinfällig und wirkungslos geworden wäre, weil über die Einwendung der M. von der Vollzugskommission kein Beschluß gefaßt wurde. Seitens der beiden M. ist auch nicht alles geschehen, was sie zur Wahrung ihrer Interessen hätten thun können. Der Art. 66 Abs. 3 des Gesetzes gab ihnen das Mittel an die Hand, gegenüber der Ordnungswidrigkeit, daß ihre Einwendung nicht zu Protokoll genommen und von der Vollzugskommission nicht beschieden worden war, sich Abhilfe zu verschaffen; nach diesem Abs. 3 des Art. 66 sind Beschwerden wegen Ordnungswidrigkeiten im Verfahren bei den in Art. 11, 28, 36 und 44 erwähnten Tagfahrten (und der Art. 44 handelt von der Schlußtagfahrt) je binnen zwei Wochen nach denselben bei der Centralstelle schriftlich vorzubringen. Auch haben die beiden M. nicht etwa alsbald, nachdem sie auf der Schlußtagfahrt vom 12. Februar 1897 die Belehrung, den Rechtsweg zu beschreiten, erhalten hatten, ihre Klage erhoben und die Feldbereinigungsbehörde hievon in Kenntnis gesetzt, sondern die Klagschrift ist bei dem Amtsgericht G. erst am 9. November 1897 zur Terminsbestimmung eingereicht worden, nachdem bereits am 23. März 1897 von der K. Centralstelle als Zeitpunkt für den Eigentumsübergang der 1. April 1897 bestimmt worden war und sodann mit dem Erlaß vom 7. September 1897 dem Amtsgericht G. zur Veranlassung des Weiteren die Mitteilungen zum Güterbuch und Unterpfandsbuch der Gemeinde Sch. zugegangen waren mit dem Inhalt, daß die Weglast auf den Parzellen 783 und 786 wegfalle.

Durch den Ablauf der in Art. 66 Abs. 3 bestimmten Notfrist waren die beiden M. des Rechts zur Beschwerde gegen die vorgekommene Ordnungswidrigkeit verlustig geworden. Die Gesetzesbestimmung schließt jedoch nicht aus, daß die Centralstelle von verspätet vorgebrachten Beschwerden nach ihrem Ermessen Anlaß nimmt, von Amtswegen etwaige im Interesse richtiger Geschäftsbehandlung erforderliche Maßregeln zu treffen [1]). Insofern läßt sich nicht un-

1) Vergl. Gaupp a. a. O. Note 7 zu Art. 66, S. 140.

bedingt, wie der Beschwerdeführer C. geltend macht, ein rechtliches Bedenken dagegen erheben, daß die K. Centralstelle noch (nach Ablauf der zweiwöchigen Notfrist) die nachträgliche Erteilung eines Bescheids der Vollzugskommission anordnete und die beiden M. zur Beschwerdeführung gegen den ergangenen Bescheid zuließ. Nicht aber konnte noch am 29. April 1899 diese Anordnung der Erteilung eines nachträglichen Bescheids das Ergebnis vorbereiten, daß am 30. Oktober die K. Centralstelle die Weglast auf den Grundstücken des C. als öffentliche Weglast für wiederhergestellt erklären konnte, nachdem bereits am 23. März 1897 als Zeitpunkt für den Eigentumsübergang der 1. April 1897 bestimmt worden war. Bei der Vollzugskommission und der Centralstelle war kein anhängiger Widerspruch zurückgeblieben; die Weglast ist mit dem 1. April 1897 erloschen.

III. Nach Art. 47 des Gesetzes wird, wenn die aus der Erledigung der Beschwerden sich ergebenden Aenderungen im Zuteilungsplan nachgetragen sind, von der Centralstelle nach Vernehmung des Gemeinderats auf Antrag der Vollzugskommission der Zeitpunkt für den Eigentumsübergang bestimmt und bildet der endgiltig festgestellte Zuteilungsplan mit den dazu gehörigen Beilagen die Feldbereinigungsurkunde. Nach Art. 48 Abs. 1 und 2 nimmt von dem durch die Centralstelle bestimmten Zeitpunkte an der durch die Feldbereinigung einem jeden Grundeigentümer zugeteilte Grund und Boden in allen Beziehungen die rechtliche Natur seines früheren Grundbesitzes an und gehen Berechtigungen und Lasten, welche auf dem früheren Grundbesitze geruht haben, soweit sie übertragbar sind, auf den neu zugeteilten Grundbesitz über; von dem angegebenen Zeitpunkt an geht auch die in Art. 41 erwähnte Unterhaltungspflicht auf die neuen Pflichtigen über; eine besondere Bestimmung ist nur hinsichtlich der Steuern aus den in die Feldbereinigung gezogenen Grundstücken in dem Abs. 3 getroffen. Der in der Entscheidung der K. Centralstelle angeführte § 71 der Vollzugsverfügung verordnet, daß, ehe sämtliche Einwendungen gegen die Zuteilung rechtsgiltig

erledigt sind, für die Regel ein Eigentumsübergang nach Art. 47 und 48 nicht ausgesprochen werden kann, in solchen Fällen jedoch, in welchen eine möglichst rasche Durchführung der Feldbereinigung geboten erscheint, die Centralstelle berechtigt ist, auch schon vor der endgültigen Erledigung solcher Beschwerden, deren Entscheidung eine Aenderung des Zuteilungsplans überhaupt nicht oder nur bezüglich einer sicher abzugrenzenden kleineren Fläche zur Folge haben kann, die Zuteilung im Uebrigen endgültig festzustellen und den Eigentumsübergang bezüglich des betreffenden unangefochtenen Teils der Bereinigungsfläche auszusprechen. Bei der Anordnung des Eigentumsübergangs auf den 1. April 1897 ist aber ein Vorbehalt bezüglich der Aufhebung oder des Fortbestands der Weglast auf den Grundstücken des C. nicht gemacht worden und der Umstand, daß an dem Unterbleiben eines Vorbehalts die K. Centralstelle, da ihr aus den Akten von einem von den M. erhobenen Widerspruch nichts bekannt wurde, keine Schuld trifft, ist für die Entscheidung darüber, ob die K. Centralstelle noch im Jahre 1899 die Weglast für wiederhergestellt zu erklären zuständig war, nicht von maßgebender Bedeutung.

Daß das Gesetz die Rechtsänderungen bei der Feldbereinigung als originäre Rechtsänderungen behandelt, hat es auch in dem Art. 63 Abs. 1 zum Ausdruck gebracht, wonach ein gerichtliches Erkenntnis über die infolge von Feldbereinigungen vorkommenden Besitzveränderungen und über die Auflegung von Dienstbarkeiten unterblieb. Darüber, daß auch die Rechtsänderung in den Unterpfandsrechten sich gemäß dem Inhalt der Feldbereinigungsurkunde in dem Zeitpunkte des Eigentumsübergangs, welchen die Centralstelle bestimmt, kraft dieser Anordnung vollziehe, zur wirklichen Entstehung des Pfandrechts nicht noch ein Eintrag durch die Unterpfandsbehörde erforderlich sein sollte, (wie in einer Entscheidung vom 22. Juni 1885 das Obertribunal zu dem Art. 21 des Feldweggesetzes vom 26. März 1862 angenommen hatte; vergl. Lang Sachenrecht 2. Aufl. Bd. II S. 303 Note 54) lassen die Motive zum

Entwurfe des Feldbereinigungsgesetzes keinen Zweifel[1]). Der Art. 63 Abs. 1 ist mit dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs weggefallen; es ist aber in den Motiven zu dem Entwurfe des Ausführungsgesetzes zu demselben Art. 196 (Art. 211 des Gesetzes) bemerkt: Auch künftighin sei die Grundlage der Eigentumsveränderungen bei einer Feldbereinigung die Feldbereinigungsurkunde und erfolge der Eigentumsübergang zu dem von der Centralstelle bestimmten Zeitpunkte; die erforderliche Richtigstellung des Grundbuchs erfolge auf Ersuchen der Behörde (Vollzugskommission, Gemeinderat) durch das Grundbuchamt gemäß § 39 der Grundbuchordnung in Verbindung mit Art. 49 des Feldbereinigungsgesetzes.

Wenn aber in der angegebenen Weise die Feldbereinigungsurkunde die Grundlage der Rechtsänderungen bildet und die Rechtsänderungen in dem von der Centralstelle bestimmten Zeitpunkte eintreten, ihr Eintritt auf diesen Zeitpunkt einheitlich konzentriert ist, muß auch, obwohl das Gesetz eine ausdrückliche Bestimmung hierüber nicht enthält, anerkannt werden, daß n a ch diesem Zeitpunkte von der Centralstelle an dem positiven Inhalte der Feldbereinigungsurkunde nichts mehr geändert werden kann, die eingetretenen Aenderungen nicht mehr rückgängig gemacht oder anders gestaltet werden können.

Für die gleichartigen Bestimmungen des badischen Feldbereinigungsgesetzes[2]) hat dies der badische Verwaltungsgerichtshof in mehreren Entscheidungen ausgesprochen; Rechtsprechung des badischen Verwaltungsgerichtshofs I S. 542. 543. Dem Unternehmen wird durch Bescheid der Oberdirektion des Straßen- und Wasserbaues die Schlußbestätigung erteilt; hiedurch wird dasselbe vollzugsreif; die Wirkungen der Feldbereinigung treten mit dem in der Schlußbestätigung bezeichneten Zeitpunkte ein. Der Verwaltungsgerichtshof entschied: es sei eine gesetzliche Folge der Schlußbestätigung, daß von dem darin bezeichneten Tage

1) Vergl. G a u p p a. a. O. zu Art. 48 Note 1, S. 104.

2) Vergl. J o l l y in Stengels Wörterbuch des deutschen Verwaltungsrechts I. S. 382 ff.

an die Eigentumsrechte an den neu zugewiesenen Grundstücken endgiltige und unabänderliche seien und daß ganz das gleiche auch bezüglich der etwaigen Geldausgleichungsbeträge gelte, welche anläßlich der Zuteilung des neuen Besitzes zu Gunsten oder zu Lasten der neuen Berechtigten festgestellt worden seien; die Vollzugskommission sei deshalb nicht befugt gewesen, im Widerspruch mit der von ihr gefertigten Zuteilungstabelle, welche die Schlußbestätigung erhalten habe und deshalb als unabänderlich habe gelten müssen, den beteiligten Güterbesitzern nachträglich die Zahlung von Geldausgleichungsbeträgen aufzuerlegen.

Indem hiemit die grundsätzliche Auffassung des badischen Verwaltungsgerichtshofs angeführt wird, will nicht unbemerkt gelassen werden, daß in Württemberg nicht in gleicher Weise die Konsequenz auf die Unabänderlichkeit der Vorauskostenbeiträge zu ziehen ist, da in Abweichung von dem badischen Gesetz[1]) die Kostenvorausbeiträge nicht als zur Ausgleichung zwischen den eingeworfenen und zugeteilten Flächen dienend, sondern als einen Teil der Ausführungskosten bildend behandelt werden. Der Verwaltungsgerichtshof hat daher auch bei der Außerwirkungsetzung der Entscheidung der K. Centralstelle davon abzusehen, von sich aus die Verpflichtung des Beschwerdeführers C. zur Leistung des Vorauskostenbeitrags von 25 Mark wiederherzustellen.

Allerdings läßt der Art. 53 Abs. 1 bis 3 des Gesetzes (in dem Abs. 1 ist die Fassung durch das Ausführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch dem letzteren angepaßt worden) unter gewissen Voraussetzungen eine nachträgliche Entscheidung der Centralstelle zu, die aber keine endgiltige ist, sondern der Anfechtbarkeit mit der Rechtsbeschwerde bei dem Verwaltungsgerichtshof unterliegt. Der Art. 53 handelt aber nur von solchen dinglichen Rechten Dritter, die ohne Zustimmung der Berechtigten von den Feldbereinigungsbehörden nicht aufzuheben sind, und die nachträgliche Entscheidung ist nur eine Ergänzung, nicht eine Abänderung der Feldbereinigungsurkunde. Da-

1) Vergl. Gaupp a. a. O. Note 2 und 3 zu Art. 57, S. 125—127.

Dagegen erlöschen die durch die Feldbereinigung entbehrlich werdenden Dienstbarkeiten — und öffentlichen Feldwege — ohne Entschädigung für seitherige Berechtigte und darüber, ob eine Weglast entbehrlich wird, entscheidet die Vollzugskommission und in der Beschwerdeinstanz endgiltig die Centralstelle. Der Abs. 2 des Art. 53 gibt keinen Anhalt für die Annahme, daß der Centralstelle eine allgemeine Befugnis zustehe, nachträgliche Entscheidungen, welche den positiven Inhalt der Feldbereinigungsurkunde abändern, zu erlassen. Ebensowenig ist eine solche Auffassung in der Verfügung des K. Justizministeriums vom 22. November 1887, Reg.-Bl. S. 447, enthalten[1]). Die erlassenen Vorschriften gehen dahin, daß die Rechtspolizeibehörde eine Prüfung in der Richtung vorzunehmen hat, ob alle nach den öffentlichen Büchern zu würdigenden Rechtsverhältnisse durch die Vollzugskommission wirklich ihre Würdigung überhaupt erhalten und in einer die Vormerkung in den öffentlichen Büchern ermöglichenden Weise erhalten haben; ergeben sich in dieser Beziehung Anstände, so kann für die Vollzugskommission bezw. die Centralstelle die Veranlassung zu einer Erläuterung oder Ergänzung eintreten. Die K. Centralstelle hat in der Begründung ihrer Entscheidung selbst nicht angenommen, daß ihre Zuständigkeit zur nachträglichen Erlassung einer derartigen Entscheidung zeitlich unbeschränkt sei; ihrer Ansicht gebricht aber ein festes Merkmal für die Bestimmung des Zeitpunkts, bis zu welchem ihre Zuständigkeit fortdauern würde; der Umstand, daß die M. auf der Schlußtagfahrt die Einsprache erhoben hatten, hat den Inhalt der Feldbereinigungsurkunde bei dem Mangel eines Vorbehalts, der bei der Bestimmung des Zeitpunkts für den Eintritt der Rechtsänderungen gemacht wurde, nicht zu einem bestritten gebliebenen gemacht.

Die in der Feldbereinigungsurkunde für aufgehoben erklärte Weglast ist daher mit dem 1. April 1897 erloschen und die K. Centralstelle war am 30. Oktober 1899 nicht

1) Vergl. insbesondere § 1, § 2 Abs. 1 und 2, § 3 Abs. 1 und 2, § 6 Abs. 1, § 7, § 9, § 10 und § 15.

mehr zuständig, die Weglast für wiederhergestellt zu erklären und insbesondere eine endgiltige Entscheidung dieses Inhalts zu erlassen. Die von C. erhobene Rechtsbeschwerde ist daher als statthaft anzuerkennen, die Entscheidung der K. Centralstelle erscheint als im öffentlichen Recht nicht begründet und der Beschwerdeführer ist dadurch in seinem Eigentumsrecht verletzt, daß die K. Centralstelle die Weglast für wiederhergestellt erklärt hat, obwohl ihr hiezu die Zuständigkeit fehlte.

IV. Aus dem Vorstehenden ergibt sich zugleich, daß die die Unzuständigkeit der Gerichte aussprechenden Urteile des Amtsgerichts G. und der Civilkammer I des Landgerichts U. nicht richtig waren. Die Civilgerichte hätten sich der Entscheidung der Frage, ob die Zuständigkeit der Centralstelle zur Wiederherstellung der Weglast nach dem 1. April 1897 noch vorhanden sei, nicht entschlagen sollen und bei Verneinung dieser Frage war die Klage aus dem Grunde, daß die Weglast endgiltig aufgehoben sei, zurückzuweisen[1]). Für den Verwaltungsgerichtshof können aber die ergangenen civilgerichtlichen Urteile kein Hindernis bilden, in der vorliegenden Rechtsbeschwerdesache zu Gunsten des C. zu entscheiden.

Hienach ist, wie geschehen, die Entscheidung der K. Centralstelle, wodurch auf den in die Feldbereinigung einbezogenen Grundstücken des Beschwerdeführers Parz. Nr. 783 und 786 der ursprünglichen Benennung die infolge Beschlusses der Vollzugskommission weggefallene Weglast für wiederhergestellt erklärt worden ist, außer Wirkung zu setzen.

Der K. Centralstelle ist folgeweise überlassen, die Verpflichtung des Beschwerdeführers zur Leistung des Vorauskostenbeitrags von 25 Mark wiederherzustellen und seine Befreiung von dem Beitrag an Fläche zu den gemeinsamen Anlagen und von den Kosten rückgängig zu machen.

Urteil vom 21. Februar 1900 in der Rechtsbeschwerdesache des G. C. in Sch.

1) Vergl. auch in Betreff eines einigermaßen ähnlichen Falls des preußischen Rechts Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. 40 S. 224 ff.

VI.

Kritiſche Bemerkungen zu Mayer-Reis, Erbrecht.

Von Juſtizreferendär Dr. Neuſchler in Stuttgart.

Das Mayer'ſche Lehrbuch des neuen Erbrechts wird in der württembergiſchen Praxis vorausſichtlich große Bedeutung gewinnen. Eben darum erſcheint es geboten, auf ſolche Punkte aufmerkſam zu machen, in denen ſich Bedenken gegen die Mayer'ſche Darſtellung ergeben. Die folgenden Bemerkungen wollen in keiner Richtung erſchöpfend ſein, ſondern möchten nur durch Wiedergabe einiger kritiſchen Gedanken, die beim erſten Durchblättern des Mayer'ſchen Buches aufgetaucht ſind, Anregung zu weiterer Prüfung mehrerer zweifelhaften Punkte geben.

I. Bei der Lehre vom Zuſammentreffen der Gattenerbfolge mit der Verwandtenerbfolge ſtellt Mayer in ſeinem praktiſchen Beiſpiel Nr. 12 (S. 289) implicite eine Meinung auf, die nicht zutreffend ſein wird. Der Erblaſſer A hinterläßt neben ſeiner Ehefrau B keine Erben 1. oder 2. Klaſſe, ſondern nur Abkömmlinge ſeiner väterlichen Großeltern (die nach § 1931 nicht Erben werden) und die mütterliche Großmutter F, während der mütterliche Großvater E und ein gemeinſames Kind von E und F verſtorben ſind. Mayer ſagt: „Erben des A ſind 1. die mütterliche Großmutter F an der Verwandtenhälfte zu $^1/_4 = {}^1/_8$ des Ganzen". Richtig dürfte aber folgende Berechnung ſein: die Witwe B bekommt als ſolche $^1/_2$; die Verwandten bekämen an ſich zuſammen $^1/_2$; es erhielten die väterlichen Großeltern hievon die Hälfte, alſo $^1/_4$; da ſie beide nicht mehr leben, aber Abkömmlinge hinterlaſſen haben, ſo fällt dieſes Viertel der Witwe B zu (§ 1931). Die mütterlichen Großeltern E und F bekommen gleichfalls $^1/_4$; E lebt aber nicht mehr; hätte er Kinder, ſo wären dieſe zwar nach ſonſtigen Grundſätzen zur Repräſentation berufen, hievon aber durch die ſpezielle Vorſchrift des § 1931 ausgeſchloſſen, das Achtel des E fiele alſo gleichfalls der Witwe zu; E hinterläßt aber keine Kinder, es trifft alſo § 1926 Abſ. 3 Satz 2 zu, es erhält ſomit die Großmutt F die ganze für die mütterlichen Großeltern beſtimmte Portion: $^1/_4$, ſo daß B $^3/_4$, F $^1/_4$, nicht wie Mayer will, B $^7/_8$, F $^1/_8$ erbt. Sollte Mayer zu ſeiner Verteilung etwa — eine Begründung iſt nicht beigefügt — durch die Anſicht beſtimmt worden ſein, § 1931 gehe dem § 1926

1826 Abs. 2 Satz 2 vor, so stünde dies mit dem Wortlaut des § 1931 in Widerspruch. Nach § 1931 soll der überlebende Ehegatte bekommen, was den Onkeln, Vettern 2c. „zufallen würde", sc. wenn beim Fehlen eines Ehegatten reine Verwandtenerbfolge einträte. Sind aber die Onkel 2c. vorverstorben, so würde ihnen nach § 1926 eben nichts zufallen, sondern der überlebende Großelternteil die ganze Portion des Großelternpaares bekommen.

II. Zu den praktisch wichtigsten Fragen gehört die Berechnung von Pflichtteilen und die Bestimmung der Personen, denen die Beschränkung eines Intestaterben auf den Pflichtteil zu gute kommt. Hier muß gegen die Grundauffassung Mayer's, wie gegen seine Folgerungen bezüglich der Einwirkung der Anrechnungspflicht und der Ausgleichungspflicht Widerspruch erhoben werden.

1. Mayer stellt in § 114 unter I den Grundsatz auf (S. 234): „die Pflichtteilslast ruht prinzipiell auf dem Nachlaß", erörtert dann unter II. „die Frage, wem der Pflichtteilsabfall zukommt", und unter III. „wer im Verhältnis der Erben . . . die Pflichtteilslast zu tragen hat". Dagegen ist Folgendes einzuwenden: man könnte vielleicht schon darüber streiten, ob die Pflichtteilslast überhaupt „auf dem Nachlaß ruht". Nach § 2058 haften die Erben als Gesamtschuldner nur für die gemeinschaftlichen Nachlaßverbindlichkeiten, die §§ 2320 ff. aber geben eine Reihe von Bestimmungen, wonach einer der Erben oder Vermächtnisnehmer unter Anschluß der andern pflichtteilsbelastet ist. Danach wäre zunächst zu schließen, daß die Pflichtteilslast eben keine gemeinschaftliche Nachlaßverbindlichkeit, sondern eine Verbindlichkeit der einzelnen durch die Beschränkung des Pflichtteilsberechtigten begünstigten Personen sei, also in keiner Weise „auf dem Nachlaß" ruhe. Lediglich aus der Bestimmung des § 2060 Z. 1 und den Worten „im Verhältnis zu Miterben" in § 2320 ist zu folgern, daß das BGB. diesen Schluß aus § 2058 nicht gezogen sehen will. Keineswegs aber ist richtig, daß die Pflichtteilslast prinzipiell auf dem Nachlaß ruhe. Das Prinzip des BGB. ist vielmehr das: das Pflichtteilsrecht ist lediglich ein obligatorischer Anspruch gegen denjenigen, dem die letztwillige Beschränkung des Pflichtteilsberechtigten zu Gute kommt. Die Gestaltung des Pflichtteils zu einer Gesamtverbindlichkeit der Erben ist nur eine der größeren Sicherung des Pflichtteilsberechtigten dienende Ausnahme vom prinzipiellen Standpunkt. Auch wer dem etwa nicht zustimmt, wird doch einräumen müssen, daß für das Verhältnis der Erben unter einander, für die gegenseitige Abmessung ihrer Erbteile die Zuteilung der Pflichtteilslast an den auf Kosten des Pflichtteilsberechtigten Begünstigten das Prinzip des BGB. ist. Daraus aber folgt — und hierauf ist der größte Nachdruck zu legen —: es gibt keinen Pflichtteilsabfall mehr. Die Fragestellung „wem kommt der Pflichtteilsabfall zu?" ist falsch, denn

hier iſt nichts zu fragen; wenn A etwas ſchuldet und dieſe Schuld vermindert ſich durch irgend einen Umſtand, ſo kommt dieſe Verminderung eben dem Schuldner A zu gute; wenn A teſtamentariſch das bekommt, was geſetzlich B bekäme, und deshalb nach dem Willen des Geſetzes Schuldner des B wird, ſo iſt es natürlich ſein Vorteil, daß er an B nicht alles Empfangene, ſondern nur einen geringeren Betrag, den Pflichtteil, herausbezahlen muß. Hier beſteht ein großer Unterſchied vom alten Recht: der Pflichtteilsberechtigte des alten Rechts hatte, wenn wir die Erbſchaft mit einer Mahlzeit vergleichen dürfen, den Anſpruch, mit am Tiſch zu ſitzen und aus der gemeinſamen Schüſſel ſeine Portion zugeteilt zu bekommen; maß der Wille des Erblaſſers ſie ihm knapper zu, ſo konnte die Frage entſtehen, unter welche Perſonen das ihm Vorenthaltene zu verteilen ſei; anders nach BGB.: ſchließt der Erblaſſer den Pflichtteilsberechtigten von der Mahlzeit aus, ſo bleibt er ausgeſchloſſen, das Geſetz rückt ihm keinen Stuhl mehr an den Tiſch; er hat nur den Anſpruch, hinter den Stühlen gewiſſer Erben zu ſtehen und von ihren Tellern mitzueſſen, aber in die Schüſſel darf er mit ſeinem Löffel nicht greifen. Damit iſt auch die Möglichkeit einer ſelbſtändigen Frage, wem der ihm genommene Teil ſeiner geſetzlichen Portion zufalle, beſeitigt. Mit anderen Worten: nach altem Recht war der Anſpruch des Pflichtteilsberechtigten auf Teilnahme am Nachlaß das Primäre, die Zuteilung des Pflichtteilsabfalls das Sekundäre; nach neuem Recht iſt die Verdrängung des Pflichtteilsberechtigten durch einen Andern (die das Geſetz formell zuläßt) das Primäre, der Anſpruch auf Herausbezahlung des Pflichtteils das Sekundäre, und nicht nur das Sekundäre, ſondern überdies eine Angelegenheit, die grundſätzlich nur das Verhältnis des Begünſtigten und des Beeinträchtigten betrifft, die übrigen Beteiligten aber im Endergebnis nicht berührte [1]). Es iſt alſo die Frage nach dem Pflichtteilsabfall ſchlechthin erſetzt durch die andere Frage: wer trägt die Pflichtteilslaſt? Die Beantwortung dieſer Frage berührt aber jeden Erben nur in Bezug auf ſein Verhältnis zum Pflichtteilsberechtigten, hat alſo mit der Auseinanderſetzung unter den Erben an ſich eben ſo wenig zu ſchaffen, wie die Belaſtung einzelner Erben mit Singularvermächtniſſen; die Miterben teilen untereinander ſo, wie der Erblaſſer oder das Geſetz es beſtimmt hat, und nur die Beſonderheit beſteht beim Pflichtteil, daß der Berechtigte ſich an alle Erben halten kann und die nach innen nicht Pflichtteilsbelaſteten daher Anlaß haben, von dem Recht des § 2046 Gebrauch zu machen.

Man wird gegen dieſe Ausführung vielleicht einwenden, es handle ſich da nur um eine Verſchiedenheit der Ausdrucksweiſe gegenüber der

1) Die Angelegenheit iſt ihnen materiell fremd, wenn ſie auch formell haften; der Fall liegt wie bei einer Bürgſchaft; man fühlt ſich ſogar verſucht, hier von einer geſetzlichen Bürgſchaft zu ſprechen.

bekämpften Mayer'schen Fassung. Das ist aber nicht der Fall, der Unterschied hat vielmehr praktische Bedeutung. Wer durchdrungen ist von der Richtigkeit des Satzes: die Pflichtteilsentrichtung ist prinzipiell eine Privatsache zwischen Pflichtteilsberechtigten und Pflichtteilsbelasteten — der muß sich auch bekennen zu dem Satz, der bei allen Ausführungen über Pflichtteilsberechnung an der Spitze stehen sollte: die Bestimmung der Anteile unter den pflichtteilsbelasteten und den nicht pflichtteilsbelasteten Erben ist völlig unabhängig davon, ob und wieviel einem oder einigen der Erben als Pflichtteil abverlangt werden kann. Und diesen Satz erkennt Mayer nicht an, wie sich alsbald zeigen wird, wenn mit einigen Worten auf Mayer's Ansichten über Anrechnung und Ausgleichung beim Pflichtteil eingegangen wird.

2) Welchen Einfluß die Anrechnungspflicht des § 2315, wenn sie ohne gleichzeitige Ausgleichungspflicht besteht, auf die Größe des Pflichtteils ausübt, ist klar. Meinungsverschiedenheit kann dagegen darüber entstehen, wem die durch das Vorhandensein eines Anrechnungspostens bewirkte Verminderung des (restlichen) Pflichtteilsanspruchs zu gute kommt. Sehr zuversichtlich, aber ohne Begründung behauptet Endemann (Lehrbuch III S. 597), der Anrechnungsposten komme allen Erben zu gute. Dieser Meinung hat sich auch Mayer angeschlossen [1]), insbesondere mit den Worten: „die Zuwendung wird behandelt, wie wenn sie sich noch im Nachlaß befände" (S. 228). Ist der oben aufgestellte Kardinalsatz über die Gleichgiltigkeit der Pflichtteilsgröße für die Anteile nicht pflichtteilsbelasteter Erben richtig, so ergiebt sich ohne weiteres eine von der Mayer'schen abweichende Auffassung des § 2315. Gegen Mayer spricht aber auch in erster Linie deutlich der Wortlaut des § 2315: hier ist ausdrücklich gesagt, bei der Pflichtteilsberechnung sei der Wert der Zuwendung dem Nachlaß hinzuzurechnen. Käme der Anrechnungsposten allen Beteiligten zu gute, so würde er damit doch in jeder Beziehung bei der ganzen Nachlaßteilung hinzugerechnet. Die hervorgehobenen Worte können, wenn sie überhaupt einen Sinn haben sollen, nichts Anderes bedeuten als: wenn der pflichtteilsbelastete Erbe seine Quote des wirklichen Nachlasses zugeteilt bekommen hat und der Pflichtteilsberechtigte sich nun als Gläubiger bei ihm einstellt, so ist bei ihrer Verrechnung immer statt n (Nachlaß) die andere Größe n+a (Anrechnungsposten) einzusetzen. Es ist also gegen Mayer der § 2315 dahin

1) Unverständlich ist freilich, wie er dann an anderer Stelle (S. 229, Anm. 17) sagen kann, der Anrechnungsposten komme dem miterbenden Gatten „selbstverständlich" nicht zu gut, wenn er nur auf seine gesetzliche Portion eingesetzt sei — eine Ansicht, der die unmittelbar folgende Anmerkung 18 sofort wieder untreu wird.

auszulegen, daß die Herabminderung des Pflichtteilsanspruchs um das Vorempfangene dem Pflichtteilsbelasteten allein zu gut kommt[1]) (die ausdrückliche oder durch Auslegung festgestellte Willensäußerung des Erblassers kann natürlich zu einem anderen Ergebnis führen). Für diese Meinung sprechen neben dem Wortlaut des § 2315 auch innere Gründe[2]): die Anrechnungspflicht des § 2315 Absatz 1 hat lediglich eine feindselige Tendenz, nämlich gegen den Anrechnungspflichtigen, nicht zugleich eine Tendenz zu Gunsten der Anderen (deren Vorteil ist nur sekundäre Folge); die Vorschrift des § 2315 Absatz 2 andererseits hat lediglich eine dem Pflichtteilsberechtigten freundliche Tendenz (wenn er das Empfangene als auf Erbschaft empfangen anzusehen gezwungen wird, so darf er die Berücksichtigung dieses Postens auch bei der Frage wie viel zu beerbendes Vermögen der Erblasser gehabt hat, verlangen); die andern Erben soll Abs. 2 cit. nicht fördern, sondern beschränken. Der § 2315 kommt also auch seiner Tendenz nach nur für die Pflichtteilsberechnung, in keiner anderen Beziehung in Betracht. Die dargelegte Meinungsverschiedenheit wird praktisch, wenn nur ein Teil der Erben pflichtteilsbelastet ist. Den häufigsten Fall wird das Zusammentreffen eines überlebenden Ehegatten mit Kindern, wovon eines den Pflichtteil fordert, darstellen. Hiebei ist darauf hinzuweisen, was auch Mayer thut, daß der überlebende Ehegatte dem pflichtteilsberechtigten Kind gegenüber pflichtteilsbelastet sein kann; die allgemeine Bestimmung der Voraussetzung seiner Belastung aber, die Mayer nicht gibt, ginge wohl dahin: er ist es dann, wenn der Erblasser ihm deshalb, weil er ein Kind auf den Pflichtteil beschränkt oder enterbt hat, mehr zugewendet hat, als er ihm sonst zugewendet hätte, m. a. W. wenn er auf Kosten des Pflichtteilsberechtigten begünstigt ist; er ist es also jedenfalls nicht, wenn nur eine Verfügung gemäß § 1938 vorliegt, er kann es aber möglicherweise sein, auch wenn ihm durch Testament nur seine gesetzliche Portion oder noch weniger zugewendet ist (z. B. durch die Worte: „ich enterbe meinen 5. Sohn und setze demgemäß meine Ehefrau und meine 4 andern Söhne je auf 1/5 ein"). Nach der Mayer'schen Grundauffassung (von der widersprechenden Anm. 17 cit. muß abgesehen werden) wäre ohne Rücksicht auf die Verteilung der Pflichtteilslast bei einem Nachlaß von 16 000 Mark und einem Anrechnungsposten von 4000 Mark so zu teilen, daß der überlebende Ehegatte 1/4 von 20 000 Mk. = 5000 Mk., die Kinder den Rest bekämen. Nach

1) Darauf kommt auch der Inhalt von Mayer's Anm. 17 auf S. 229 hinaus, aber, wie erwähnt, steht diese Anmerkung in unlösbarem Widerspruch zu S. 228 und wiederum zu Anm. 18.

2) Eine Ausführung darüber, inwieweit sich die Materialien zum BGB. für die eine oder die andere Meinung verwerten lassen, würde eine eingehende Spezialuntersuchung erfordern, in die hier nicht eingetreten werden kann.

der oben verteidigten Auffaſſung des § 2315 iſt ſo zu teilen: iſt der überlebende Ehegatte nicht pflichtteilsbelaſtet, ſo bekommt er von dem Nachlaß von 16000 Mk. $^1/_4$ = 4000 Mk., einerlei ob Anrechnungspoſten vorhanden ſind oder nicht; nur bei der Verrechnung zwiſchen dem Pflichtteilsberechtigten und dem oder den Pflichtteilsbelaſteten iſt überall ſtatt n (Nachlaß) der größere Wert n + a einzuſetzen, alſo ſo:

Vermögen: $n + a = 16000 + 4000 =$	20 000 Mk.
ab Portion des überlebenden Ehegatten $\frac{n+a}{4} =$	5 000 Mk.
Reſt $^3/_4$ (n + a) =	15 000 Mk.
Inteſtaterbteil eines Kinds bei dreien: $\frac{n+a}{4} =$	5 000 Mk.
Pflichtteil: $\frac{n+a}{8} =$	2 500 Mk.
Pflichtteilsanſpruch $\frac{n+a}{8} - a = 2500$ Mk. $- 4000$ Mk. $=$	0.

Bei dieſer Pflichtteilsberechnung wird allerdings ein hypothetiſch vergrößerter Erbteil des überlebenden Gatten ausgerechnet, aber dieſer ſteht eben nur auf dem Papier, er iſt nur ein Rechnungsfaktor für den einen Zweck, ausbezahlt wird er nie. Darin liegt nichts Unlogiſches; wenn z. B. zwei Kinder auf den Pflichtteil beſchränkt ſind, ſo wird auch bei der Berechnung des Pflichtteils des einen hypothetiſch für das andere ein voller Inteſtaterbteil ausgerechnet, den es aber in Wirklichkeit nicht bekommt.

Ein beſonders ſchwieriger Punkt iſt das Verhältnis von § 2315 zu § 2316 BGB. Wie iſt der Pflichtteil zu berechnen, wenn ein Poſten anrechnungs- und ausgleichungspflichtig iſt und neben ausgleichungsberechtigten Perſonen ſolche miterben, die es nicht ſind? Dieſe Frage ſetzt nicht nur die Anhänger der Mayer'ſchen Anrechnungslehre in Verlegenheit, ſondern auch diejenigen, die ſich zu der oben verteidigten Auffaſſung des § 2315 bekennen. Denn auch für die letztere Auffaſſung beſteht zwiſchen den Wirkungen der Anrechnung und denen der Ausgleichung der Unterſchied, daß die Anrechnung auch für die an der Ausgleichung nicht beteiligten Erben wenigſtens den hypothetiſchen Erbteil vergrößert, die Ausgleichung dagegen auch rechneriſch nur die Erbteile der Abkömmlinge beeinflußt. Drei Antworten auf die Frage ſind denkbar: 1) der anrechnungs- und ausgleichungspflichtige Poſten muß angerechnet und ausgeglichen werden; 1) die Anrechnung ſchließt die Ausgleichung aus; 3) die Ausgleichung ſchließt die Anrechnung aus. Meyer entſcheidet ſich für die erſte Antwort und löſt die Rechenaufgabe in der Art, daß er das Viertel des überlebenden Gatten (um bei ſeinem Beiſpiel S. 230 zu bleiben) aus dem um den Anrechnungspoſten vergrößerten Nachlaß berechnet, von dem unvergrößerten Nachlaß abzieht und den Anrechnungspoſten nun von neuem ganz als Ausgleichungspoſten hinzurechnet. Dieſes Verfahren

mag geistreich ersonnen sein, auf irgend eine Stütze im Gesetz dürfte es sich aber schwerlich berufen können[1]). Wäre im BGB. des Zusammentreffens von Anrechnung und Ausgleichung gar nicht gedacht, so könnte man vielleicht annehmen, der Gesetzgeber habe diese Möglichkeit übersehen und man müsse jetzt eben gut oder schlecht aus dem Dilemma herauszukommen suchen. Aber ein Blick auf die Entwürfe und die Materialien zeigt, daß Anrechnung und Ausgleichung stets im engsten Zusammenhang behandelt worden sind, und die jetzige Fassung des § 2316 erwähnt jenes Zusammentreffen ausdrücklich in Absatz 4. Somit dürften die Verfasser der §§ 2315 und 2316 auch die Verschiedenheit der rechnerischen Wirkungen von Anrechnung und Ausgleichung schwerlich übersehen haben; trifft dies zu, so ist es undenkbar, daß sie einer so verwickelten Berechnung, wie sie bei der Mayer'schen Auffassung nötig wird, nicht eine Silbe gewidmet haben sollten. Einer doppelten Hinzurechnung desselben Postens kann also nicht zugestimmt werden, sondern es muß die Anrechnung die Ausgleichung oder diese jene ersetzen. Die Auffassung, daß die Anrechnung die Ausgleichung ausschließe, ließe sich dahin begründen, daß ja die Frage, ob zum ganzen Nachlaß, hinzuzurechnende Posten vorhanden seien, zuerst auftauche, also die Anrechnung vorgehe, und daß dann bei der Bestimmung der unter die Ausgleichungsbeteiligten zu verteilenden Masse die nochmalige Berücksichtigung des Anrechnungspostens abzulehnen sei, weil auch der Zweck der Ausgleichung durch die bereits erfolgte Anrechnung im wesentlichen erfüllt werde. Allein dieser zweiten Lösung steht der Wortlaut des § 2316 im Wege, der dazu nötigt, sich für die letzte Alternative: Aufgehen der Anrechnung in der Ausgleichung — zu entscheiden. Der Absatz 4 des § 2316 ist so gefaßt, daß man ihn dahin verstehen *muß*, beim Zusammentreffen von Anrechnungspflicht und Ausgleichungspflicht finde das in § 2316 Absatz 1—3 geschilderte Berechnungsverfahren Anwendung und als Ergänzung komme dann der Hälfte-Abzug des Abs. 4 hinzu. Mit Abs. 4 cit. läßt sich also eine Berechnungsart, die die Anrechnung die Ausgleichung ersetzen läßt, nicht vereinigen. Andrerseits spricht Abs. 4 mittelbar dafür, daß die Ausgleichung die Anrechnung ersetzt: wer den Abs. 4 unbefangen, d. h. ohne vorheriges Studium von Gesetzesmaterialien, Kommentaren u. s. w., gelesen hat, wird ihn dahin verstanden haben, daß beim Zusammentreffen von Anrechnungspflicht und Ausgleichungspflicht der hier angeordnete nachträgliche Hälfteabzug die ganze Verwirklichung der Anrechnungspflicht bilden solle. Diese Wortauslegung wird unterstützt durch die Thatsache, daß nach dem Entwurf I

1) Wie kann man aus dem unvergrößerten Nachlaß einen vergrößerten Erbteil verabfolgen? Wie soll der Pflichtteilsberechtigte, nachdem er schon dem überlebenden Gatten ein Stück seines Vorempfangs geopfert hat, diesen noch ganz zur Ausgleichung bringen können?

die Ausgleichungsposten der Abkömmlinge unter den anrechnungspflichtigen Posten genannt waren, so daß die eine Pflicht in der andern aufging. Insbesondere entspricht diese Auffassung aber auch den Zwecken der beiden in Rede stehenden Gesetze (§ 2315 und § 2316): § 2315 Abs. 2 will die der Pflichtteilsberechnung zu Grunde zu legende Summe zu gunsten des Pflichtteilsberechtigten steigern; dasselbe thut die Ausgleichung, allerdings, soweit das eigene Conferendum des Pflichtteilsberechtigten in Frage kommt, nicht aus demselben Motiv, nicht, um ihn zu begünstigen, sondern um auszugleichen, aber sie thut es doch; und sie thut es in noch höherem Maß als § 2315 Abs. 2, denn sie steigert den auf die Kinder allein zu verteilenden Betrag um das Vorempfangene, nicht nur den unter mehr Personen zu verteilenden Gesamtnachlaß. Dem Interesse des Anrechnungspflichtigen ist also durch die Ausgleichung voll Genüge gethan. Der Gedanke des § 2315 Abs. 1 kommt aber gleichfalls zu voller Geltung: dem Anrechnungspflichtigen wird nach § 2316 Abs. 2 die eine und nach § 2316 Abs. 4 die andere Hälfte seines Vorempfanges in Rechnung gestellt. Endlich wird einem berechtigten Interesse anderer Personen (z. B. des überlebenden Gatten) durch das Aufgehen der Anrechnung in der Ausgleichung nicht zu nahe getreten, denn § 2315 will diese — nicht pflichtteilsbelasteten — Personen gar nicht begünstigen und bringt ihnen nach dem oben Dargelegten, selbst wenn es zur Anrechnung kommt, gar keinen Vorteil.

Der bei Mayer S. 230 Anm. 18 gegebene Fall wäre also folgendermaßen zu lösen: Nachlaß 1100 Mk., Witwe $^1/_4$ = 275 Mk., Rest 825 Mk., dazu der anrechnungs- und ausgleichungspflichtige Posten des D: 100 Mk. und die Ausgleichungsposten von B und C je 300 Mk., zusammen 1525 Mk., gesetzlicher Kindserbteil $^1/_3$ = 508 Mk., ab der Anrechnungs- und Ausgleichungsposten des D: 100 Mk., Rest 408 Mk., Pflichtteil $^1/_2$ = 204 Mk., anzurechnen nach § 2316 Abs. 4 die andere Hälfte der 100 Mk., restlicher Pflichtteilsanspruch 154 Mk., in den Rest von 825—154 = 671 Mk. teilen sich B und C zu gleichen Teilen; Ausgleichung ist unter ihnen wegen Gleichheit der Empfänge unnötig.

3) Zu den Schmerzenskindern der Auslegung gehört insbesondere auch der § 2309. Was Mayer über die Bedeutung der Worte „den Pflichtteil verlangen kann" und „im Fall der gesetzlichen Erfolge" ausführt, kann in wichtigen Punkten nicht gebilligt werden. Auf S. 222 Anm. 6 wird in Ziffer 1 von Mayer gelehrt: „schlägt der Erstberufene die Erbschaft aus, so kann er den Pflichtteil nicht verlangen; an seine Stelle tritt (sc. als Pflichtteilsberechtigter) der Nächstberufene". Schon die einfache Wortauslegung dürfte zu dem abweichenden Ergebnis führen, daß § 1953 (Rückbeziehung der Ausschlagung) für die Erklärung des Ausdrucks „verlangen kann" nicht verwertet werden darf, sondern daß unter einem Intestaterben, der den Pflichtteil verlangen kann, in § 2309 ein solcher

gemeint ist, in dessen Person, so lange er noch keine Erklärung abgegeben hat, alle gesetzlichen Voraussetzungen des § 2303, keine das Pflichtteilsrecht vernichtenden (Erbverzicht, Erbunwürdigkeit 2c.) vorliegen. Nun sagen aber außerdem die Motive (vgl. Haidlen IV S. 338): „Demselben Stamm darf nicht zweimal ein Pflichtteil gewährt werden ..... Mit Rücksicht auf § 1953 ist eine Vorschrift schon deshalb erforderlich, weil wenn es infolge der Ausschlagung so angesehen wird, als sei der Ausschlagende vor dem Erblasser gestorben, der Zweifel nahe liegt, ob nicht mehrere Pflichtteilsansprüche für denselben Stamm geltend gemacht werden können. Damit aber würde die auf dem Nachlaß ruhende Last, entgegen dem Zwecke des Pflichtteilsinstitutes, vervielfacht werden können. Die Ausschlagung des Pflichtteilsberechtigten hat also in den bezeichneten Fällen in Ansehung des statt seiner einrückenden Pflichtteilsberechtigten dieselbe Wirkung wie die Annahme". Mehr Deutlichkeit kann man füglich nicht verlangen, und man wird, ohne sich eines übertriebenen Materialienkultus schuldig zu machen, sagen dürfen, daß durch diese Aeußerung der Motive das Nichtbestehen einer „Frage" in diesem Punkte entschieden ist.

In einem andern Punkt soll wenigstens auf die Möglichkeit von Zweifeln gegenüber der Mayer'schen Auffassung hingewiesen werden: die Worte „ein Abkömmling, der sie im Fall der gesetzlichen Erbfolge ausschließen würde" versteht Mayer dahin, daß hier alle Eigentümlichkeiten des konkreten Falles, also Erbverzicht, Erbunwürdigkeit 2c., mit einziger Ausnahme der die gesetzliche Erbfolge beseitigenden letztwilligen Verfügung zu berücksichtigen seien. Dem ist entgegenzuhalten, daß der Ausdruck „gesetzliche Erbfolge" auch rein abstrakt gemeint sein, die Anwendbarkeit der §§ 1922—1936 bedeuten kann, so daß die fraglichen Worte dahin auszulegen wären: „ein Abkömmling, in dessen Person, von der konkreten Sachlage (Erbverzicht 2c.) abgesehen, bei einer Erbfolge lediglich nach den Grundsätzen der §§ 1924 ff. die Voraussetzung des § 1924 Abs. 2 zuträfe". Dieser Auslegung dürfte der Vorzug zu geben sein; wiederum beweisen die Motive; sie fahren nämlich nach der oben angeführten Stelle fort: „Außer dem Fall der Ausschlagung seitens des Pflichtteilsberechtigten müssen aber alle Fälle, in welchen infolge des Verzichts oder der Erbunwürdigkeitserklärung eines vorgehenden gesetzlichen Erben vermöge der eintretenden successio gradus et ordinis in dem nunmehr berufenen gesetzlichen Erben die Voraussetzungen für das Pflichtteilsrecht des letzteren sich erfüllen würden, getroffen werden. Für alle diese Fälle wird das Pflichtteilsrecht des nunmehr berufenen Erben verneint ...." Also gerade die Fälle des Erbverzichts und der Erbunwürdigkeit will der Ausdruck „ein Abkömmling, der sie im Fall der gesetzlichen Erfolge ausschließen würde" treffen; und er trifft sie auch, sobald man den Worten „im Fall der gesetzlichen Erbfolge" den oben angedeuteten abstrakten Sinn beilegt.

Es ist also die erste Alternative des § 2309, daß ein vorgehender

Abkömmling „den Pflichtteil verlangen kann“ auf den Fall der Ausſchlagung, die zweite Alternative, daß ein Abkömmling, der die entfernteren im Fall der geſetzlichen Erbfolge ausſchließen würde, das ihm Hinterlaſſene annimmt, auf den Fall des Erbverzichts und der Erbunwürdigkeit zu beziehen. Bei dieſer Auslegung macht § 2309 keine Schwierigkeit, hat er ſeinen guten Zweck und ſteht er mit § 2349 und § 2344 nicht im Widerſpruch.

Litterarische Anzeigen.

System des deutschen bürgerlichen Rechts von Dr. Karl Crome, o. Professor der Rechte an der Universität Bonn. Erster Band: Einleitung und allgemeiner Teil, nebst Quellen- u. Sachregister. Tübingen und Leipzig, Verlag v. J. C. B. Mohr (Paul Siebeck). Preis geb. 13 Mk. 75 Pfg. Dieser erste Band eines auf 5 Bände berechneten Werks füllt durch seine eingehende systematische Behandlung des allgemeinen Teils als des „Fundaments des Rechtsgebäudes" auf 600 Seiten eine fühlbare Lücke der bisherigen Litteratur über das Recht des BGB. aus und ist um so dankbarer zu begrüßen, als das treffliche Werk Deruburgs über das bürgerliche Recht des deutschen Reichs und Preußens voraussichtlich nicht so bald an die Behandlung des allgemeinen Teils gelangen wird. Das klar geschriebene Werk Cromes behandelt nicht bloß die Lehren, auf die sich der allgemeine Teil des BGB. bezieht, sondern u. a. auch die Lehre von der Rückwirkung der Gesetze, das sog. internationale Privatrecht und die materielle Lehre vom Rechtsschutz; ältere und neuere Litteratur ist in einem Maß angeführt, das den Bedürfnissen der Praxis in den weitaus meisten Fällen genügen wird. Das Buch empfiehlt sich ebensowohl für das Studium des BGB. seitens des angehenden Juristen als für die Zwecke des Praktikers.

Lehrbuch des Familien- und Erbrechts von H. Mayer. Auf Grundlage des Reichsrechts neu bearbeitet von Gerichtsnotar H. Mayer und R. A. Dr. Reis. Erster Band: Familien- und Vormundschaftsrecht. Stuttgart, Kohlhammer. Bezüglich dieses ersten Bands des oben S. 150 angezeigten Werks gilt gleichfalls, was a. a. O. über den zweiten Band bemerkt wurde. Das Vormundschaftsrecht ist von Mayer, das Familienrecht von Reis bearbeitet; dankenswert ist bei letzterem namentlich auch der „praktische Teil" S. 160 bis 206 mit seinen Beispielen von Gesellschaftsteilungen u. dergl. Auch von diesem Band ist noch während des Erscheinens eine neue weitere Auflage notwendig geworden.

In der im Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) erscheinenden „Sammlung der landesrechtlichen Civil-Prozeß-Normen ist als 2. umgearbeitete Auflage der Normen des württ. Landrechts von L. Gaupp erschienen: Die württ. Landesgesetze und Verordnungen zur Ausführung

und Ergänzung der CPO. und des Zwangsversteigerungsgesetzes, zusammengestellt und im Anschluß an die CPO. erläutert von R. Geßler, Landrichter in Stuttgart. Erster Teil: Text-Zusammenstellung (Preis 3 Mk.) gewiß jedem württ. Richter erwünscht als vielfaches Nachschlagen im Regierungs- und Amtsblatt ersparend. Der in Aussicht gestellte „kurze Kommentar" wird hoffentlich nicht lange auf sich warten lassen.

Ebenso wird insbesondere für Standesbeamte und die mit deren Beaufsichtigung betrauten Richter sich zweckmäßig erweisen die bei Kohlhammer erschienene Textausgabe des **Reichsgesetzes über die Beurkundung des Personenstandes und die Eheschließung** in der seit 1. Januar 1900 geltenden Fassung „nebst der Ausführungsverordnung des Bundesrats, den einschlägigen sonstigen Reichsgesetzen und Kais. Verordnungen". Eine Einleitung enthält eine Gegenüberstellung des bisherigen und nunmehrigen Eheschließungsrechts, ein Anhang die württ. Ausführungsvorschriften; beigegeben ist ein ausführliches Sachregister.

Das württ. Gesetz über die Erbschafts- und Schenkungssteuer vom 26. Dezember 1899 samt den Materialien des Gesetzes und den Vollzugsvorschriften. Herausgegeben und erläutert von Dr. jur. Karl Geyer, Ministerialrat, (Stuttgart, Kohlhammer). Eine derartige Ausgabe des neuen Erbschafts- und Schenkungssteuergesetzes wird in allen beteiligten Kreisen als ein Bedürfnis empfunden worden sein angesichts der mannigfachen Abweichungen des neuen Gesetzes vom bisherigen; und da der Verfasser, wie er in der Vorrede hervorhebt, bei Aufstellung des Gesetzentwurfs, bei den ständischen Verhandlungen und bei Erlassung der Vollzugsvorschriften wesentlich beteiligt war, erscheint er als der richtige Mann für die vorliegende Aufgabe. Die sog. Materialien des Gesetzes sind, soweit sie erheblich erschienen, im Anhang im Zusammenhang mitgeteilt, den einzelnen Artikeln des Gesetzes sind Erläuterungen beigefügt, und so wird das Buch den Behörden, die sich mit dem Gesetz zu beschäftigen haben, ein kaum zu entbehrender Ratgeber sein.

Das bürgerliche Recht Deutschlands mit Einschluß des Handelsrechts historisch und dogmatisch dargestellt von A. Engelmann, Oberlandesgerichtsrat (2. Auflage). Berlin. Heine (Preis geb. 15 Mk.) Das Buch gibt auf 830 Seiten eine Uebersicht des Inhalts des nunmehr in Deutschland geltenden Privatrechts (auch des Handels- und Wechsel-Rechts und in kurzen Umrissen der der Landesgesetzgebung vorbehaltenen Materien) in Vergleichung mit dem bisherigen gemeinen Recht. Es ist sehr gut geschrieben und hebt die wesentlichen Punkte scharf hervor, so daß es dem Praktiker zu rascher Orientierung dienlich ist.

Alphabetisches Sachregister.

(Die Zahlen bedeuten die Seiten.)

A.

Abfindungsbrennereien. Sind in den zum Zuschlag zugelassenen württb. A. auch die Nebengefässe anzuzeigen? 43. Wie ist bei A. die defraudierte Branntweinsteuer zu berechnen? 82.

Abfindungsplanbrennereien. 86.

Amtskörperschaften, Besteuerungsrechte. Art. 12 Abs. 2 des Ges. v. 23. Juli 1877. 56.

— Zu Art. 6 und 12 Abs. 2 dieses Gesetzes. 60.

Anfechtung. Voraussetzung der A. aus § 30 (früher § 23) Ziff. 1 Satz 2 der Konkursordnung ist, daß durch die anzufechtende Rechtshandlung die Konkursmasse vermindert worden ist. 237.

Anfechtungsrecht. Widerspruchsklage des Konkursverwalters auf Grund Anfechtungsrechts. 232.

Anwaltsgebühren. Berechnung der Verhandlungsgebühr des Anwalts im Falle der Verbindung mehrerer Prozesse. 245.

Arzt. Zu § 383 (früher 348) Ziff. 5 C.P.O. Recht des Arztes zur Zeugnisverweigerung. 219.

Auskunft. 1. Haftung für falsche A.: falsch kann eine A. auch durch ihre Unvollständigkeit oder dadurch sein, daß sie wesentliche Umstände verschweigt.

2. Haftung des Prinzipals für eine von seinem Prokuristen arglistig erteilte falsche A. 8.

Auslegung einer Vertragsbestimmung, wonach ein Hauskauf sich auflösen soll, wenn der Käufer die Wirtschaftskonzession nicht erhält. 175.

Ausspielvertrag. 249.

B.

Bahnwärter. Haftung einer Eisenbahnverwaltung für schuldhafte Unterlassungen eines Bahnwärters 4.

Bauordnung. Der Art. 88 Abs. 1 der B. bezieht sich auch auf die bloß anzeigepflichtigen Bauwesen im Sinne des Art. 78 desselben 67.

Bereicherungsklage 305.

Beschwerde. Ist für die Zurückweisung einer B. wider die von einem Amtsgericht gemäß § 488 Str.P.O. verfügte Ablehnung eines Antrags auf Strafaufschub eine Gerichtsgebühr zu erheben? 48.

Besteuerungsrechte der Amtskörperschaften und Gemeinden. Art. 12 Abs. 2 des Ges. v. 23. Juli 1877 56.

— Zu Art. 6 und 12 Abs. 2 dieses Gesetzes 60.

Beweislast bei Notwehr? 30.

— B. in betreff des Erlöses aus Waren, die der Gläubiger zahlungshalber mit der Verpflichtung, sie bestmöglich zu verkaufen, übernommen hat 211.

Beweislast des gegen Unfälle Versicherten 26. 212.
Bierbezug. Bedeutung der Zusage, das Bier vom anderen vertragschließenden Teil zu beziehen, mit dem Vorbehalt, den B. aufzugeben, falls das Bier nicht gut sein sollte? 177.
Branntweinbrennereien s. Brennereien 43.
Branntweinmaterialsteuer 45.
Brennereien. Sind in den zum Zuschlag zugelassenen württb. Abfindungsbrennereien auch die Nebengefässe anzuzeigen? 43.
Bürgerliches Gesetzbuch. Zur Technik des B.G.B. 89.

C.

Centralstelle für die Landwirtschaft. Die C. ist zu Aenderungen an dem positiven Inhalte der Feldbereinigungsurkunde nach dem für den Eintritt der Rechtsänderungen bestimmten Zeitpunkte nicht mehr befugt. Zulässigkeit der Rechtsbeschwerde gegen die nachträgliche Aenderung 360.

D.

Dienstaufsichtsbeschwerde 40. 48.
Differenzgeschäft 18.
Dinglicher Vertrag 89.
— Wesen des dinglichen Vertrags 100.
Dohle. Streit wegen Reinigung einer D. Feststellungsklage 309.
Doppelbesteuerung. Zu § 3 des Reichsgesetzes vom 13. Mai 1870 wegen Beseitigung der D. 60.
Durchsuchung Wie unterscheiden sich die §§ 102 und 103 St.P.O. in den mittels der D. beizuschaffenden Gegenständen? 39.

E.

Eid. Erbieten zu einem beschränkten Eid oder Eidesverweigerung? 221.
Einstweilige Verfügungen. Zu § 8 des Gesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs und § 940 (früher 819) C.P.O. 191.
Eisenbahnverwaltung. Haftung einer E. für schuldhafte Unterlassungen eines Bahnwärters 4.
Erbrecht. Kritische Bemerkungen zu Mayer-Reis, Erbrecht. Von Justizreferendär Dr. Neuschler in Stuttgart 381.
Expropriation s. Zwangsenteignung 49.

F.

Feldbereinigungsgesetz. Zu Art. 47 Abs. 2 und 3, Art. 48, 49, 53, 64, 66 Abs. 3 und Art. 68 des F. 360.
Feststellungsklage 207.
Firma. Zu § 37 Abs. 1 H.G.B. 188.
Flußbaulast 166.
Flußwehr. Zulässigkeit des Rechtswegs auf Grund vertragsmäßiger Festsetzung über die Pflicht zur Unterhaltung eines F.? 165.

G.

Gebäudesteuer. Art. 98 Abs. 5 des Ges. v. 28. April 1873 56.
Gebrauchsmusterschutz für Maschinen? 281.
— Schutzfähigkeit von „Maschinen"; Neuheit des Modells; Erfindungsgedanke; Voraussetzungen der Schutzfähigkeit einer Kombination: Löschung eines Teils des Eintrags 288.
— Kann ein Modell schutzfähig sein, wobei ein bekanntes Material zu einem bekannten Zweck in bekannter Form verwendet ist? 296.
Gemeindebesteuerungsrechte. Art. 12 Abs. 2 des Ges. v. 23. Juli 1877. 56.
Gemeindegewerbesteuer. Zu Art. 6 und Art. 12 Abs. 2 dieses Gesetzes. Wirkung der nachträglichen Ermäßigung des Staatssteuerkatasters auf die

Gemeindesteuer? Unterbrechung der Verjährung 60.
Gerichtskostengesetz. Zur Auslegung der §§ 88, 90 des G. 242.
Geschäftsverbindung. Voraussetzungen der Wirksamkeit eines Vertrags, wodurch sich Gewerbetreibende unter sich unter Festsetzung einer Vertragsstrafe verpflichten, eine gewisse G. zu unterlassen 182.
Gesellschaftsvertrag. Voraussetzungen der Wirksamkeit eines Vertrags, wodurch sich Gewerbetreibende unter sich unter Festsetzung einer Vertragsstrafe verpflichten, eine gewisse Geschäftsverbindung zu unterlassen 182.
Gewerbe-Ordnung. Zu § 142. Ein auf Grund des § 33 Abs. 3 der G.O. und der Ministerial-Verfügung vom 4. Okt. 1879 erlassenes Ortsstatut kann nur mit Genehmigung der höheren Verwaltungsbehörde wieder aufgehoben werden 326.
Gewerbesteuer. Art 98 Abs. 5 des Ges. v. 28. April 1873. 56.
Gewerbetreibende. Voraussetzungen der Wirksamkeit eines Vertrags, wodurch sich G. unter Festsetzung einer Vertragsstrafe verpflichten, eine gewisse Geschäftsverbindung zu unterlassen 182.
Grund-, Gebäude- und Gewerbesteuer. Art. 98 Abs. 5 des Ges. v. 28. April 1873. Nachträgliche Richtigstellung des Staatssteuerkapitals zu Gunsten der Steuerpflichtigen im Wege der Ausübung der Dienstaufsicht. Wirkung auf die Gemeindesteuer? 56.

H.

Haftpflichtgesetz: Betriebsunfall; Einrechnung einer Zuwendung des Arbeitgebers an den Verunglückten in die Rente? 301.
Handlungsgehilfe. Vollmacht 121.
Hauskauf. Auslegung einer Vertragsbestimmung, wonach ein H. sich auflösen soll, wenn der Käufer die Wirtschaftskonzession nicht erhält 175.

J.

Internationales Privatrecht 1.

K.

Kauf. Vollstreckung von Urteilen bei Klagen aus K. nach dem B.G.B. 255.
Kirchenbaulast. Zulässigkeit des Rechtswegs, wenn eine gegen den Staat auf Anerkennung einer K. gerichtete Klage sich auf Königliche Reskripte aus der Zeit vor Geltung der Verfassung stützt, Auslegung solcher Reskripte 153.
Körperverletzung. Fahrlässige K. durch Hantieren mit einem geladenen Gewehr; eigenes Verschulden des Verletzten 15.
— Beweislast eines gegen Unfall Versicherten, der wegen einer erlittenen K. Entschädigung verlangt 26. 212.
Kompetenzgerichtshof, Entscheidung 75.
Konkursverwalter. Widerspruchsklage des K. auf Grund Anfechtungsrechts 232.
Kostenfestsetzungsgesuch. Zulässigkeit eines K. auf Grund eines gegen Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbaren Urteils vor Leistung der Sicherheit. 229.
Kostenpunkt. Entscheidung im K., nachdem der Rechtsstreit in der Hauptsache gegenstandslos geworden ist 226.

L.

Ladenhalter, Vollmachtserteilung 121.
Läutgarben 355.
Läutlaibe 355.

Litterarische Anzeigen.

Adam, württb. Ausführungsgesetz zum B.G.B. 151.

Reichsgesetz über die Beurkundung des Personenstandes und die Eheschließung in der seit 1. Januar 1900 geltenden Fassung nebst der Ausführungsverordnung des Bundesrats, den einschlägigen sonstigen Reichsgesetzen und Kais. Verordnungen 392.

Bohn, Zusammenstellung der wesentlichsten reichsgesetzlichen sowie der württb. Ausführungsbestimmungen über Rechte an Grundstücken und Grundbuchwesen 151.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts 361.

Engelmann, das bürgerliche Recht Deutschlands mit Einschluß des Handelsrechts, historisch und dogmatisch dargestellt, 2. Aufl. 392.

Gaupp und Geßler, Sammlung der landesrechtlichen Civilprozeßnormen, die württb. Landesgesetze und Verordnungen zur Ausführung und Ergänzung der C.P.O. und des Zwangsversteigerungs-Gesetzes 391.

Geyer, das württb. Gesetz über die Erbschafts- und Schenkungssteuer vom 26. Dez. 1899 samt den Materialien des Gesetzes und den Vollzugsvorschriften 392.

Haidlen, Gerichtskostenordnung und Gebührenordnung für Notare, Rechtsanwälte und andere in Rechtsangelegenheiten thätige Personen 151.

Hirsch und Nagel, die Gewährleistung beim Viehhandel nach dem B.G.B. 150.

v. Lang, die Veränderungen unseres Privatrechts durch das B.G.B. und Supplement hiezu, enthaltend die Uebergangsbestimmungen 278.

Mayer und Reis, Lehrbuch des Familien- und Erbrechts, 2. und 3. Aufl. 150. 391.

Staub, Kommentar zum H.G.B. 6. und 7. Aufl. 150.

Hugo Weizsäcker, Formularbuch zu den deutschen Prozeßordnungen, Formulare zur St.P.O. 151.

Lotterielose. Ist der Art. 7 Ziff. 3 des württb. Polizeistrafgesetzes, betr. den Vertrieb von Losen auswärtiger Lotterien, durch den § 763 des B.G.B. außer Kraft gesetzt? 247.

Lotterien. Kollektieren für auswärtige L. Spielen in solchen L. 248.

Lotterievertrag 249.

M.

Maischbottichstener 44 fg. 82.

Maschinen. Gebrauchsmusterschutz für M.? 281. 288.

Mesnerlaibgeld. Streit über die Verpflichtung zur Bezahlung von s. g. M. 354.

Mezgergenossenschaft. Kommt die jeweilige Festsetzung der Gebühren für das Schlachten in einem im Eigentum und Betriebe der M. befindlichen Schlachthaus des bestehenden Schlachthauszwangs wegen dem Gemeinderat für sich allein und gegen den Widerspruch d. M. zu? 336.

Modell. Neuheit des M. im Sinn des § 1 Abs. 1 des Ges. vom 1. Juni 1891 betr. den Schutz von Gebrauchsmustern 288. — Kann ein M. schutzfähig sein, wobei ein bekanntes Material zu einem bekannten Zweck in bekannter Form verwendet ist? 296.

N.

Notwehr. Beweislast bei N.? 30.

O.

Ortsstatut. Zu § 142 der Gewerbeordnung. Ein auf Grund

des § 33 Abs. 3 der G. O. u. der Min.-Verf. v. 4. Oktober 1879 erlassenes O. kann nur mit Genehmigung der höheren Verwaltungsbehörde wieder aufgehoben werden. 326.

R.

Reichs- und Staatsangehörigkeit. Zu Art. 15 Abs. 2 Nr. 1 und Art. 17 des Bundesgesetzes v. 1. Juni 1870 über die Erwerbung und den Verlust der R. u. St. 343.

S.

Schadensersatzanspruch. 203. 216.
Schlachthaus. Kommt die jeweilige Festsetzung der Gebühren für das Schlachten in einem im Eigentum und Betrieb der Mezgergenossenschaft befindlichen Sch. des bestehenden Sch.-Zwangs wegen dem Gemeinderat für sich allein und gegen den Widerspruch der Mezgergenossenschaft zu ? 336.
Schweiz. Zur Auslegung des Art. 5 des zwischen Württemberg und der Sch. abgeschlossenen Staatsvertrags vom 13. Mai 1826. 232.
Selbsthilfeverkauf. Voraussetzungen eines giltigen S. 24.
Staats- u. Reichsangehörigkeit. Zu Art. 15 Abs. 2 Nr. 1 und Art. 17 des Bundesgesetzes v. 1. Juni 1870 über die Erwerbung und den Verlust der St.- u. R. 343.
Statutarisches Verwaltungsrecht des Vaters des Schuldners.
Widerspruchsklage auf Grund des st. V. 226.
Statuten-Kollision. Locus regit actum 1.

T.

Teilurteil 203.

U.

Ueberfahrtsrecht, Entscheidung des Kompetenzgerichtshofs 75.
Uferbaulast 166.
Unfallversicherung. Beweislast eines gegen Unfall Versicherten, der wegen einer erlittenen Körperverletzung Entschädigung verlangt 26.
Unlauterer Wettbewerb s. Wettbewerb.

V.

Verbindung mehrerer Prozesse. Berechnung der Verhandlungsgebühr des Anwalts im Fall der V. m P. 245.
Verbrauchsabgabe im Sinne von § 1 des Branntweinsteuergesetzes vom 24. Juni 1887
16. Juni 1895 82.
Verhandlungsgebühr. Berechnung der V. des Anwalts im Fall der Verbindung mehrerer Prozesse 245.
Verlöbnisbruch. Oertliches Recht bei Ansprüchen aus V. 1.
Versicherungsvertrag. Verwirkung eines Anspruchs aus V. durch unwahre Angaben in der Schadensanzeige ? 26.
Verteidigung. Was ist „V. im Vorverfahren" im Sinn des § 67 der Gebührenordnung für Rechtsanwälte ? 37.
Vertragsstrafe. Voraussetzungen der Wirksamkeit eines Vertrags, wodurch sich Gewerbetreibende unter sich unter Festsetzung einer V. verpflichten, eine gewisse Geschäftsverbindung zu unterlassen 182.
Vollmacht 121. Mißbrauch der V. 173.
Vollstreckung von Urteilen bei Klagen aus Kauf nach dem V.G.V. 255.
Vorabentscheidung des § 304 (früher 276) C.P.O. 32. 201. 203.

W.

Wettbewerb. Zu § 8 des Gesetzes zur Bekämpfung des unlauteren W. u. § 940 (früher § 819) C.P.O. 191.

Widerspruchsklage auf Grund des statutarischen Verwaltungsrechts des Vaters des Schuldners 226. W. des Konkursververwalters auf Grund Anfechtungsrechts? 232.
Wirtschaftskonzession. Auslegung einer Vertragsbestimmung, wonach ein Hauskauf sich auflösen soll, wenn der Käufer die W. nicht erhält 175.
— Ein auf Grund des § 33 Abs. 3 der Gewerbeordnung und der Min.-Verf. vom 4. Oktbr. 1879 erlassenes Ortsstatut kann nur mit Genehmigung der höheren Verwaltungsbehörde wieder aufgehoben werden. 326.
Wohnsitz. Zum Begriff des W. 168.

Z.

Zeugenbeweis, Antretung. Zu § 373 (früher 338) C.P.O. 216.
Zeugnisverweigerung. Zu § 383 (früher 348) Ziffer 5 der C.P.O. (Recht des Arztes zur Zeugnisverweigerung) 219.
Zusage. 1. Bindende Z. oder unverbindliche Zusicherung? 177. 2. Bedeutung der Z., das Bier vom andern vertragsschließenden Teil zu beziehen, mit dem Vorbehalt, den Bierbezug aufzugeben, falls das Bier nicht gut sein sollte? 177.
Zusicherung. Bindende Zusage oder unverbindliche Z.? 177.
Zustellung. Abweisung der Klage, weil dem im Termin zur mündlichen Verhandlung nicht erschienenen Beklagten die Klage nicht ordnungsmäßig zugestellt worden ist? 197.
Zwangsenteignung. Zu Art. 5 Abs. 1 Ziff. 1 des Gesetzes vom 20. Dezbr. 1888, betr. die Z. von Grundstücken 49.
Zwangsvollstreckung zur Erwirkung von Handlungen. Zu den §§ 887, 888 (früher 773, 774) C.P.O. 230.
Zwischenurteil. Voraussetzungen der Zulässigkeit eines Z. im Sinn des § 276 Abs. 1 C.P.O. 32. Zu § 304 (alte Fassung § 276) C.P.O. 201. 203.